

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

BOGOTÁ D.C. TRECE (13) DE MAYO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **LA SOCIEDAD SI 03 S.A.** como Parte Convocante y **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.** como Parte Convocada, respecto de las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Concesión No. 449, de fecha doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), previa referencia a los antecedentes del proceso.

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del desarrollo y la ejecución del Contrato de Concesión celebrado el doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), entre LA SOCIEDAD SI 03 S.A. y LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. identificado con el Número 449, el cual obra en fotocopia, en el Cuaderno de Pruebas N° 1 a folio 11 y siguientes.

2. El Pacto Arbitral.

En el citado Contrato de Concesión No. 449 del doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), en la cláusula ciento treinta y dos (132) las partes precisaron lo relacionado con la SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS y la CLÁUSULA COMPROMISORIA, en los siguientes términos:

"Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

"**132.1** El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentren por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"132.2 La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe.

"132.3 Los árbitros decidirán en derecho.

"132.4 El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.

"132.5 En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas al arbitramento.

"132.6 El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.

"132.7 Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida."

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La demanda arbitral: El veintidos (22) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), mediante Apoderado SI 03 S.A. presentó dos demandas contra LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A y solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con dicha sociedad.

3.2. Designación de los Árbitros: Según lo previsto en la ley y en el contrato, los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes, tal como consta a folio 56 del Cuaderno Principal No 1.

3.3. Instalación y admisión de las demandas: De conformidad con el Acta No 1, que obra a Folio 78 del Cuaderno Principal No 1, el Tribunal se instaló debidamente el trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), se reconoció personería jurídica a los apoderados de las partes, se designó como Secretaria a la Doctora SANDRA RODRIGUEZ MORA y se acumularon los procesos 5406 y 5407 admitiendo las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

demandas presentadas por SI 03 S.A. y se ordenaron las correspondientes notificaciones de ley.

3.4. Contestación de la Demandas: El diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018) se recibieron los memoriales contentivos de las contestaciones de las demandas (folio 148 y siguientes del Cuaderno Principal No 1).

3.5. Reforma de las Demandas y su contestación: El diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018) se presentaron las reformas de las demandas, las cuales fueron admitida mediante auto el veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018) y se ordenó su notificación.

El veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018) la apoderada de la parte convocante radicó recurso de reposición contra el Auto del veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018), mediante el cual se admitieron las reformas de las demandas.

El veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018) se fijó en lista el traslado del recurso de reposición. El dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018) la apodera de la parte convocante describió el traslado del recurso de reposición.

Mediante auto del siete (7) de mayo de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal confirmó el Auto Admisorio de la reforma de las demandas.

El siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), la parte convocada presentó escrito de la contestación de las demandas.

El trece (13) de junio de dos mil dieciocho (2018) se fijó en lista traslado a la Parte Convocante de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio, presentadas por la Parte Convocada contra la reforma de las demandas.

El dieciocho (18) de junio de dos mil dieciocho (2018) la apoderada de la Parte Convocante presentó memorial describiendo el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio, presentadas por la Parte Convocada contra la reforma de las demandas.

3.6. Audiencia Conciliación y fijación de honorarios y gastos: El nueve (9) de julio de dos mil dieciocho (2018) se declaró fallida la audiencia de conciliación y se llevó a cabo la audiencia de fijación de honorarios y gastos del Tribunal.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

3.7 Audiencia Primera de Trámite: el cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) se llevó a cabo la primer audiencia de trámite, en la cual el Tribunal asumió competencia y decretó las pruebas.

3.8. Instrucción del proceso:

3.8.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes, en los respectivos momentos procesales.

3.8.2 Dictámenes Periciales de Parte:

3.8.2.1. Parte Convocante

Se decretaron como dictámenes de parte y se apreciarán los entregados oportunamente:

1. Dictamen pericial de parte rendido por A&G Ingeniería Aplicada LTDA, por conducto del Ingeniero Hugo Erney Achury Rincón, socio y representante legal de la misma, prueba encaminada a determinar el valor comercial de cada uno de los vehículos automotores -buses alimentadores-, experticia aportada con la reforma de la demanda relativa a "Reversión de bienes no sujetos a concesión".
2. Dictamen pericial de parte rendido por la firma STRATEGAS CONSULTORES S.A., por conducto del Ingeniero Enrique Villota L., miembro de la misma, en el cual se cuantifica el supuesto detrimento patrimonial inferido a S1 03 S.A., por parte de TRANSMILENIO S.A. como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato de Concesión No. 449 de 2003 ocurrido entre el 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007, experticia aportada con la reforma de la demanda relativa a "Desequilibrio económico y No operación de Flota Básica o Referente".

3.8.2.2 Parte Convocada:

1. Dictamen pericial financiero para el análisis y contradicción de la experticia económica y financiera presentada por la parte convocante elaborado por la firma A&G INGENIERÍA, rendido por el perito GUILLERMO OROZCO

3.8.3 Dictámenes practicados dentro del Proceso

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Se decretaron los siguientes:

Parte Convocante:

- La práctica de un dictamen pericial que deberá ser rendido por un experto financiero, cuyo objeto es acreditar los ingresos dejados de percibir por la sociedad SI 03 S.A. como consecuencia de la no operación de la totalidad de la Flota Básica o Referente entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, donde además de determinar el capital, se calculará la indexación, los intereses comerciales de mora, los intereses establecidos por el artículo 4 numeral 8 de la ley 80 de 1993 y los intereses comerciales corrientes. Se designó como perito a CAPITAL CORP representada por ALONSO CASTELLANOS RUEDA.
- Dictamen pericial dirigido a demostrar el valor del activo representado en los ciento nueve (109) vehículos objeto de reversión, a fecha 25 de marzo de 2015, y el valor del activo realmente revertido -buses- a TRANSMILENIO S.A. en el Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

Parte Convocada

- Dictamen pericial dirigido a cuantificar los ingresos que no recibió el concesionario SI 03 S.A., por la no operación de la Flota Básica o Referente entre el día 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, teniendo en cuenta los buses alimentadores que tenían certificado de vinculación de dicho periodo, de acuerdo con el Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

3.8.3 Audiencias de contradicción de dictámenes

- El ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio de los peritos A&G Ingeniería Aplicada LTDA y STRATEGAS CONSULTORES S.A.
- El nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio del perito GUILLERMO OROZCO PARDO.

3.8.4. Oficios

Parte Convocante:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

- Se librara oficio a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.- para que allegara, con destino a este proceso, copia integral del expediente administrativo relativo al contrato de Concesión No. 449 de 2003, junto con sus antecedentes, actuaciones surtidas dentro de la ejecución del contrato y de su etapa de liquidación, para lo cual debía hacerse énfasis en los siguientes documentos:

"[...] - Pliego de condiciones.

- Oferta presentada por la sociedad SI 03 S.A.

- Acta de adjudicación del Contrato 449 de 2003

- Contrato de Concesión No. 449 de 2003 junto con sus modificaciones y otrosíes (especialmente el celebrado el 27 de septiembre de 2007)

- Acta de entrega de los buses objeto de reversión, por parte de SI03 a TRANSMILENIO S.A.

- Documento contentivo del estudio realizado el 27 de septiembre de 2006 por la firma Proyen Ingeniería en relación con el mayor costo de operación.

- Estudio realizado por -TRANSMILENIO S.A.- denominado "ESTUDIO DE DESQUILIBRIO ECONÓMICO SI 03 DE 2003".

- Planillas o Cartas de pago correspondiente a los valores liquidados al Concesionario SI 03 S.A. entre el 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007.

- Acta de Liquidación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 y sus anexos, de fecha 25 de septiembre de 2015 [...]"

- Se librara oficio a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.- para que allegara, con destino a este proceso, certificación en la que se indicara, claramente, la fecha a partir de la cual se implementó la medida de ajuste a la tarifa acordada mediante Otrosí 06 del 27 de septiembre de 2007, donde se dijo, expresamente, en el parágrafo del ordinal PRIMERO, que *"[...] Este ajuste en la remuneración será incorporado a partir del siguiente ajuste de tarifas, el cual se efectuará en el plazo y bajo las condiciones previstas en el contrato [...]"*.

Respecto de estos oficios, en la Contestación de la Reforma de la Demanda denominada "Desequilibrio Económico y No operación de Flota Básica o Referente", TRANSMILENIO S.A. manifestó:

"[...] Los documentos solicitados por la parte convocante en la reforma de la demanda, literal a del numeral 2. "OFICIOS" del Capítulo IV "PRUEBAS", 16 que están en poder de TRANSMILENIO S.A., con excepción del Estudio elaborado por

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

la firma PROYEN INGENIERÍA, obran en los Anexos Nos. 3, 4, 5, 6, 9, 11 y 12 de la contestación de la demanda y de la contestación de la reforma de la demanda.

El documento solicitado por la parte convocante en el oficio del literal b del numeral 2 del Capítulo IV "PRUEBAS" 17 de la reforma de la demanda se adjunta en los Anexos Nos. 14 y 20 de este escrito de contestación de la reforma de la demanda.

El Estudio realizado por la firma PROYEN INGENIERÍA fue contratado por la sociedad concesionaria SI 03 S.A., según consta en la página 31 del "ESTUDIO DESEQUILIBRIO ECONOMICO SI 03 DE 2003" elaborado por TRANSMILENIO S.A., y aportado en el Anexo No. 11 de la contestación de la demanda y de la contestación de la reforma de la demanda, luego es un documento que está en poder de la parte convocante [...]"

- Se librara oficio a las entidades financieras mencionadas a folios 150 a 154 del Cuaderno Principal No 2 para que, con destino a este expediente y en un término de quince (15) días, remitieran certificación en donde se indicara el ejercicio de la opción de compra por parte de la Sociedad SI03 S.A. sobre los vehículos automotores -buses alimentadores- que se enunciaron a folios 150 a 154 del Cuaderno Principal No 2.

3.9. Cierre etapa Probatoria y fijación de fecha para Alegatos de Conclusión.

Por haberse practicado la totalidad de las pruebas, mediante auto proferido el cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019), se decretó el cierre de la etapa probatoria, respecto de lo cual, las partes guardaron silencio y se fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

o

3.10. Alegatos de Conclusión. En sesión realizada el cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019), se realizó la audiencia de alegatos en la cual los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron por escrito un resumen de los mismos, los cuales forman parte del Expediente. El agente del Ministerio Público presentó también su concepto.

3.11. Concepto Rendido por el Ministerio Público ante este Tribunal.

Y la vista fiscal se establecen los antecedentes del caso que se debate, y se indican la circunstancia de que se trata de un proceso cuando demandas acumuladas, las partes involucradas, distintas pretensiones, sus respectivas contestaciones y las distintas excepciones propuestas, y el trámite sometido dentro del proceso.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Se ocupa de precisar el ámbito de la controversia, para lo cual realiza una síntesis de los hechos de cada una de las dos demandas acumuladas y las pretensiones correspondientes.

Pasa a ocuparse luego de la contestación dada por la accionada TRANSMILENIO., S.A y se ocupa de las excepciones propuestas por la convocada, y la réplica al respecto de la convocante.

En sus consideraciones, el dictamen de la agencia del Ministerio Público comienza por ocuparse de examinar la competencia del tribunal, la cual encuentra debidamente establecida.

Inmediatamente se ocupa en señalar la posición de TRANSMILENIO, respecto del acta de liquidación bilateral del contrato 449 de 2003, fechada y suscrita por las partes el 25 de setiembre de 2015, que la considera ineficaz, por carecer las partes de facultades para prorrogar el término de la liquidación.

También en la vista fiscal se estudian la excepción de caducidad propuesta por la convocada respecto de algunas de las pretensiones formuladas por TRANSMILENIO., S. A., y concluye que había ocurrido, el momento de presentarse y formularse la reforma de la demanda 54 06 la caducidad de la acción, respecto de las pretensiones de la demanda sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato las identificadas con los números 1.a., 1.b; y Segunda pretensión subsidiaria de la 1. i., y, respecto de la demanda acumulada-reversión-la pretensión primera y la primera subsidiaria a la pretensión 1. 1.

Expresa el concepto que respecta al además, cumplido el requisito de presentación se procede a su análisis y decisión

RESPECTO DE LA DEMANDA 5406:

Sintetiza la posición de TRANSMILENIO, en cuanto a las oportunidades de la reclamación de las salvedades en materia contractual, ya expuesta en anterior ocasión en este laudo.

Al respecto concluye, luego de analizar el acta de liquidación bilateral del contrato, que en ella no se contienen los requisitos mínimos para calificarse como salvedades o inconformidades las constancias dejadas por la convocante, en cuando al reclamo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

judicialmente formulado en sede judicial relativo al desequilibrio económico e incumplimiento contractual respecto de la flota básica de referencia.

En lo que concierne a las pretensiones y condenas basadas en el incumplimiento del contrato por la ocurrencia de la reversión de los bienes (demanda 5407), reiteró que no procedía el análisis respecto de algunas pretensiones incluidas en la reforma de la demanda sobre declarar la existencia del contrato y en la condena del pago de intereses sobre el capital indexado, desde el mes de marzo de 2015 hasta marzo de 2018 por haber ocurrido, respecto de esas pretensiones la caducidad de la acción.

Respecto del tema de la reversión concluye no ser cierto que, a luz de las normas vigentes, opere por el ministerio de la ley.

La vista fiscal se ocupa del estudio de los dictámenes de parte y de los rendidos para controvertirlos, se ocupa especialmente de la indemnización material pedida poder SI03., S.A.

Para examinar la cuestión, recuerda que la convocante solicitó condenar a la accionada, a título de indemnización de perjuicios, la suma de \$11.555.979.946, equivalente al valor de la flota revertida cuya composición precisa la concluyó Sra. Procuradora en su escrito.

Examina, igualmente, el dictamen de parte rendido por A&G, a instancia de la convocante, para determinar el justiprecio del valor razonable de los buses revertidos; igualmente, hizo la evaluación del contra dictamen escrito presentado por la parte convocada y rendido por el ingeniero Guillermo Orozco Pardo, quien también rindió, en el mismo escrito, dictamen de parte ofrecido por TRANSMILENIO., S.A.

Después de su detenido estudio de los varios dictámenes la Señora Procuradora, se inclina por otorgar fuerza demostrativa de la cuantificación de la indemnización reclamada por SI03, a las sumas establecidas por el perito de la parte Convocada.

Para ese efecto se precisa en la ya mencionada pericia, partiendo del enfoque de ingresos, y el concepto de valor actual de los flujos futuros esperados, considerando que tenía información de los estados financieros de la sociedad SI03 a marzo de 2015, y se conocían el flujo de efectivo de ingresos y sus gastos, se proyectaban esos mismos flujos durante la vida útil de remanentes de los buses, con una tasa de descuento, para, así determinar el valor presente de los buses revertidos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Como resultado el perito concluyó como Valor presente de la flota de 118 Buses equivalente a la suma de \$7.540.784.72, a marzo 26 de 2015 de 2015., sobre los cuales se aplicarían intereses moratorios, en caso de causarse, a partir de la ejecutoria del laudo que reconociera la suma mencionada.

4. Término de Duración del Proceso. Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

La Primera Audiencia de Trámite culminó el cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) y el proceso ha estado suspendido ochenta y siete (87) días hábiles, por lo tanto, el término del proceso termina el once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019).

5. Audiencia para proferir el Laudo Arbitral. La fecha de la audiencia para proferir el laudo se fijó mediante el auto proferido por el Tribunal el cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019), para el día veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019) a las 3:00 P.M., sin embargo mediante Auto de esta misma fecha se modificó la fecha para el trece (13) de mayo de dos mil diecinueve (2019) a las 11:00 A.M.

6. Presupuestos procesales y Nulidades sustanciales.

El Tribunal considera que se han cumplido los presupuestos procesales exigidos para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad y por ello procede a dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. Lo anterior, en cuanto de conformidad con los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

6.1. Demanda Reformada y Demanda de Reconvención en forma. La Demanda Reformada presentada por la parte convocante, luego de ser subsanada cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y normas concordantes y por ello fue admitida y se le dio trámite.

6.2. Competencia. En los términos precisados en la providencia proferida el cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este proceso.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

6.3. Capacidad. Las partes convocante y convocada son sujetos capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir de conformidad con los documentos que obran en el expediente, sin que exista restricción al respecto; las controversias surgidas entre ellas están sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal de Arbitramento, son susceptibles de definirse mediante arbitraje y además por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados debidamente constituidos y reconocidos.

7. Partes Procesales y apoderados judiciales.

7.1. Parte Convocante:

La sociedad SI 03 S.A., NIT 830.129.995-1, sociedad con domicilio en Bogotá D.C., constituida mediante Escritura Pública No. 0002483 del 24 de octubre de 2003, otorgada en la Notaría 41 del Círculo Notarial de Bogotá D.C., y Matrícula Mercantil No. 01319696 del 29 de octubre de 2003, representada legalmente por el señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C.

7.2. Parte Convocada:

La **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO., TRANSMILENIO S.A.**- sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, domiciliada en Bogotá D.C., la cual por la conformación de su capital se encuentra bajo el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, constituida mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 del Círculo de Santa Fe de Bogotá, con Matrícula Mercantil No. 00974583 de la Cámara de Comercio de Bogotá; su representante legal es la doctora **MARÍA CONSUELO ARAUJO** o quien haga sus veces.

7.3. Apoderados Judiciales: Por tratarse de un arbitraje en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados a quienes se les reconoció personería en los términos de los mandatos a ellos conferidos.

2. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

2.1. Pretensiones de la parte Convocante. La Parte Convocante en sus memoriales de demanda reformada, precisa sus pretensiones así:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Demanda No 5406:

1. DECLARACIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003 GENERADO POR EL NO RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO DEL CONTRATO.

a.-DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

b.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, con fecha 27 de septiembre de 2007, se suscribió el Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003.

c.- DECLÁRESE que mediante el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- reconoció que, a partir de la fecha de inicio de la operación (26 de marzo de 2005), se configuró la ruptura del equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., en perjuicio de esta última, en la medida en que, los costos reales de operación de los vehículos automotores -buses alimentadores- que operaron a partir de esa fecha, superaron los costos que por estos conceptos hicieron parte de la proyección financiera del Contrato.

d.- DECLARAR que, mediante el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- implementó una medida de ajuste económico de \$113.00 sobre la tarifa reconocida por pasajero transportado, a la sociedad SI 03 S.A., para evitar que el equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, a futuro, continuara alterado a partir de la fecha de la implementación de tal medida (9 de octubre de 2007).

e.- DECLARAR que mediante el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- no le restableció, a la sociedad SI 03 S.A., el equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por el período comprendido entre 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 9 de octubre de 2007 (fecha a partir de la cual empezó a regir el ajuste económico antes mencionado).

f.- DECLARAR que el no restablecimiento del equilibrio económico -financiero del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, se traduce en un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley del Contrato, por parte de la Empresa de Transporte

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, en detrimento de los intereses económicos de SI 03 S.A.

g.-CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS** (\$3,674,570,826.00), equivalente a la suma en la que, en exceso, incurrió el Contratista por concepto de costos de operación de la flota de buses en operación, entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 9 de octubre de 2007 (fecha en la que se implementó la compensación de la tarifa por pasajero transportado).

h.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO TRECE PESOS** (\$2.238'339.113.00) equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, al mes de marzo 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma a la demanda arbitral).

i.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS** (\$8.587'050.405.00), equivalente a los intereses comerciales moratorios sobre el capital equivalente a los costos en los que, en exceso, tuvo que incurrir el Concesionario por concepto de operación de la flota de vehículos automotores -buses alimentadores- en operación, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma a la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 1. i.

- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL OCHENTA Y CUATRO PESOS** (\$5.997'903.084.00) equivalente a los intereses establecidos por el artículo 4º numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2005 (fecha en que inició la operación de la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 1. i.

- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS** (\$5,278,262,611.00) equivalente a los intereses comerciales corrientes

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

j.- Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4º. numeral 8o. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

K.- Las condenas que se impongan en el laudo devengarán intereses comerciales moratorios conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

L- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- al pago de las costas y gastos del Proceso Arbitral, conforme a la ley.

2. DECLARACIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003, POR CONCEPTO DE FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA O REFERENTE.

a.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

b.- DECLÁRESE que, conforme al Contrato de Concesión No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., el Concesionario tenía derecho a operar una Flota Básica o Referente de operación compuesta por 80 vehículos automotores -buses alimentadores- que, conforme a la cláusula 39 del Contrato, era la establecida para atender el servicio de alimentación del Sistema TransMilenio en la Zona Sur de Bogotá.

c.- DECLÁRESE que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, al impedir al Concesionario Convocante -SI 03 S.A.- operar la totalidad de los 80 vehículos automotores – buses alimentadores - que conformaban la flota básica o referente de operación, entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 14 de abril de 2006 (fecha en que permitió la operación del 100% de la flota).

d.- DECLÁRESE que el **INCUMPLIMIENTO** del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, causó a la Convocante, sociedad SI 03 S.A., daños antijurídicos que generaron a ésta perjuicios de orden material que deben ser indemnizados integralmente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

e.-CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS** (\$878.626.542.00), o la que resulte probada, equivalente a lo dejado de percibir por ésta, por la inoperatividad de la totalidad de la Flota Básica o Referente de operación, es decir, 80 vehículos automotores -buses alimentadores- entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 14 de abril de 2006 (fecha en que TRANSMILENIO S.A. permitió la operación del 100% de la flota).

f.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS** (\$595'845.663.00), equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

g.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **DOS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS** (\$2.160'281.875.00), equivalente a los intereses comerciales moratorios sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 2.g.

- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **MIL QUINIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS** (\$1.580'529.631.00) equivalente a los intereses establecidos por el artículo 4º numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2005 (fecha en que inició la operación de la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 2.g.

- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A., la suma de **MIL TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS DOS PESOS** (\$1.317'192.902.00) equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

h.- Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4º. numeral 8o. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

i.- Las condenas que se impongan en el laudo devengarán intereses comerciales moratorios conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

*j.- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- al pago de las costas y gastos del proceso arbitral, conforme a la ley.*

Demanda No 5407:

1.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

2.- DECLÁRESE que el Contrato No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., es un Contrato de Concesión para la prestación de un servicio público, específicamente, un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia.

3.- DECLÁRESE que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por disposición legal, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema TransMilenio S.A. para la prestación del servicio.

4.- DECLÁRESE que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por ausencia de disposición contractual, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema TransMilenio S.A. para la prestación del servicio.

5.- DECLÁRESE que no existió, ni existe, obligación a cargo de SI 03 S.A. y a favor de TRANSMILENIO S.A., de revertir la Flota compuesta por 119 vehículos automotores -

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

buses alimentadores- de propiedad de SI03 S.A., Flota que se hallaba vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

6.- DECLÁRESE que no existe obligación de pago del valor del vehículo automotor – bus alimentador- no revertido (fl. 71 Acta de Liquidación "3.11.6 Reposición de autobús incinerado"), a cargo de SI 03 S.A. y a favor de TRANSMILENIO S.A., por no existir obligación de reversión por parte de SI 03 S.A. a favor de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-

7.- DECLÁRESE que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, al exigirle a la sociedad SI 03 S.A. la reversión de la flota de vehículos automotores -buses alimentadores- que se encontraba operando al vencimiento del plazo contractual pactado, exigencia que se hizo efectiva el 26 de marzo de 2015, incurriendo en responsabilidad patrimonial.

8.- DECLÁRESE que el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, causó a la Convocante, sociedad SI 03 S.A., daños antijurídicos que generaron a ésta perjuicios de orden material que deben ser indemnizados integralmente.

9.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de **ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS** (\$11.155'979.946.00), o la que resulte probada, equivalente al valor de la Flota revertida, conformada por 119 vehículos automotores -buses alimentadores-, vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

10.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de **MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS** (\$1.850'233.172.00) equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, desde el mes de abril de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

11.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de **NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS** (\$9.147'607.245.00) equivalente a los intereses comerciales de mora sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 11.

- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de **CUATRO MIL CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS** (\$4,047,657,696.00) equivalente a los intereses establecidos por el artículo 4º numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 11.

- **CONDÉNESE** a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de **SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS** (\$6,365,357,666.00) equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

12.- Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4º. numeral 8o. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

13.- Las condenas que se impongan en el laudo arbitral devengarán intereses comerciales moratorios, conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

14.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- al pago de las costas y gastos del proceso arbitral, conforme a la ley.

2.2. Hechos de las Demandas Reformadas. Como fundamento de hecho de sus pretensiones, la parte convocante presentó los siguientes

Demanda No 5406:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

1.- La Convocante es una sociedad constituida, como se mencionó, mediante Escritura Pública No. 0002483 del 24 de octubre de 2003, otorgada en la Notaría 41 del Círculo Notarial de Bogotá D.C, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con la Matrícula Mercantil No. 01319696 del 29 de octubre de 2003, NIT. 830.129.995-1.

2.- El objeto social de la sociedad SI 03 S.A. se describió en el acto de constitución así:

"LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS EN SUS DIFERENTES MODALIDADES, INCLUYENDO LA MODALIDAD COMO ALIMENTADOR DEL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO. 2. LA PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS O CONCURSOS DE MÉRITOS, PRESENTANDO PROPUESTAS, OFERTAS, SUSCRIBIENDO Y EJECUTANDO CONTRATOS DE CONCESIÓN Y TODOS LOS DEMÁS CONTRATOS ACCESORIOS Y COMPLEMENTARIOS. 3. EJECUTAR TODOS LOS ACTOS, OPERACIONES, NEGOCIACIONES O CONTRATOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ: A. REALIZAR EN SU PROPIO NOMBRE O POR CUENTA DE TERCEROS O EN PARTICIPACIÓN, TODA CLASE DE OPERACIONES COMERCIALES, CIVILES, FINANCIERAS, INDUSTRIALES, SOBRE BIENES MUEBLES O INMUEBLES Y CONSTITUIR CUALQUIER CLASE DE GRAVÁMENES SOBRE ÉSTOS, COMPRAR, VENDER, ADMINISTRAR, ARRENDAR INMUEBLES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SE RELACIONEN CON SU OBJETO SOCIAL. B. CELEBRAR CONTRATOS CIVILES O ADMINISTRATIVOS CON PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS SEAN ÉSTAS DE DERECHO PÚBLICO, CONVENIENTES PARA EL LOGRO DE LOS FINES SOCIALES. C. EFECTUAR OPERACIONES DE PRÉSTAMOS, EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA, DESCUENTOS O CONTRATOS DE CUENTA CORRIENTE, CUENTA DE AHORRO, ACEPTACIONES BANCARIAS, CRÉDITOS DE TESORERÍA, GIROS DIRECTOS, GIROS FINANCIADOS, DANDO O RECIBIENDO GARANTÍAS REALES O PERSONALES, INCLUSIVE HIPOTECARIAS O PRENDARIAS. CONTRATAR PÓLIZAS DE SEGUROS Y CELEBRAR TODA CLASE DE OPERACIONES CON COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. D. GIRAR, ENDOSAR, DESCONTAR INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. E. ADQUIRIR O NEGOCIAR CRÉDITOS DE CUALQUIER NATURALEZA, CÉDULAS O BONOS. E. SUSCRIBIR Y ENAJENAR ACCIONES EN TODA CLASE DE SOCIEDADES. F. PARTICIPAR EN LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, O EN CONDUCTO DE MERITO, PUDIENDO CONSTITUIR CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES. G. FORMAR PARTE COMO SOCIA DE OTRAS SOCIEDADES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SEAN COMPLEMENTARIAS DEL OBJETO PRINCIPAL O QUE COMPRENDAN ACTIVIDADES QUE FACILITEN O SEAN INDISPENSABLES PARA SU DESARROLLO. H. FUSIONARSE O INCORPORARSE EN CUALQUIER FORMA

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

CON OTRA U OTRAS COMPAÑÍAS QUE SE DEDIQUEN A NEGOCIOS O ACTIVIDADES DE NATURALEZA SEMEJANTE, TRANSFORMARSE EN OTRA Y EN GENERAL, REALIZAR TODOS LOS ACTOS Y OPERACIONES Y CELEBRAR TODOS LOS CONTRATOS QUE FUEREN NECESARIOS O CONVENIENTES PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL”.

3.- La Sociedad Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. – es una Sociedad por Acciones creada entre Entidades Públicas del orden Distrital, bajo la forma de Sociedad Anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, D.C., constituida mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999, NIT. 830.063.506.

4.- En el año 2003, la Sociedad SI 03 S.A. participó en el proceso de selección convocado mediante Resolución No. 223 del 2 de octubre de ese año por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.– (Licitación Pública No. 05 de 2003), cuyo objeto fue otorgar en concesión la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema TransMilenio S.A. sobre las zonas de alimentación del Sistema.

5.- Analizada la propuesta presentada por SI 03 S.A. y agotadas las etapas previstas para el proceso de selección, bajo la modalidad de Licitación Pública, la sociedad Convocante resultó favorecida con la adjudicación del Contrato de Concesión tal y como consta en la Resolución No. 286 del 5 de diciembre de 2003, concretamente para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentador, en la Zona Sur de Bogotá.

6.- Como resultado de lo anterior fue suscrito el Contrato No. 449 del 12 de diciembre de 2003, entre TRANSMILENIO S.A. y SI 03 S.A.

El objeto del contrato fue definido de la siguiente manera:

*"CLÁUSULA 2. EL presente contrato tiene por objeto otorgar en **concesión** no exclusiva, la **explotación económica del servicio público** de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las **condiciones** y con las limitaciones **que sean previstas en el contrato respectivo**, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema TransMilenio dentro de la siguiente zona de alimentación [zona sur], delimitada según las Unidades de Planeación Zonal [UPZ]:*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Número UPZ	Nombre	Área (Km 2)
69	ISMAEL PERDOMO	5.61
85	BOSA CENTRAL	7.21
65	ARBORIZADORA	3.08
35	CIUDAD JARDÍN	1.35
39	QUIROGA	3.83
42	VENECIA	6.66
38	RESTREPO	3.61
53	MARCO FIDEL SUAREZ	1.80
63	EL MOCHUELO	3.23
68	EL TESORO	2.25
67	LUCERO	5.84
62	TUNJUELITO	3.87
66	SAN FRANCISCO	1.83
70	JERUSALEM	5.40
36	SAN JOSE	2.09
41	MUZU	2.50
48	TIMIZA	4.33
45	CARVAJAL	4.38
49	APOGEO	2.11
	AREA TOTAL ZONA 6	70.98

(Negrilla fuera del texto). "

7.- El Contrato No. 449 de 2003 es un contrato estatal y, conforme lo establece la cláusula 3. del mismo, se encuentra regido por las normas del Estatuto de Contratación vigente para la fecha de celebración de éste (Ley 80 de 1993) y le resultan aplicables los principios y reglas, constitucionales y legales, que orientan y definen la actividad contractual del Estado.

8.- El valor del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 es indeterminado, conforme a la cláusula 139. del mismo: "El presente contrato de concesión es de valor indeterminado".

9.- El plazo del Contrato, conforme a su cláusula 113., se pactó en 10 años, a partir del inicio de la operación regular:

"... el plazo de duración de la concesión será de 10 años contados a partir del inicio de la operación regular.

"Para todos los efectos legales, y en especial para la interpretación de las estipulaciones contractuales en las cuales se haga referencia a un determinado número de años de la concesión, se entenderá por 'año' el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

período de doce meses corridos y subsiguientes, contados a partir de la fecha de iniciación de la etapa de operación regular de la concesión”.

10.- Vencido el plazo contractual pactado, las partes iniciaron las gestiones tendientes a liquidar el contrato y, dentro de ese período de gestiones, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.- *exigió al Concesionario SI 03 S.A. la transferencia de la totalidad de los vehículos automotores –buses alimentadores- que integraban su Flota en operación para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, argumentando que sobre dichos bienes operaba la reversión.*

11.- La exigencia realizada por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. consistente en que SI 03 S.A. transfiriera a ella la totalidad de los vehículos automotores –buses alimentadores- que componían la Flota en operación de SI 03 S.A., consta en los oficios Nos. 2014EE20282 del 21 de octubre de 2014, 2014EE20676 del 24 de noviembre de 2014, 2014EE22965 del 26 de noviembre de 2014, 2014EE25085 del 30 de diciembre de 2014, 2015EE1308 del 26 de enero de 2015, 2015EE1464 del 28 de enero de 2015, 2015EE2266 del 10 de febrero de 2015, 2015EE3030 del 20 de febrero de 2015, 2015EE3187 del 24 de febrero de 2015, 2015EE3690 del 3 de marzo de 2015, 2015EE4572 del 13 de marzo de 2015, 2015EE4987 del 19 de marzo de 2015 y 2015EE5173 del 24 de marzo de 2015, que se relacionan a folio 66 del Acta de Liquidación del Contrato.

12.- En relación con el contenido de los oficios anteriormente relacionados, SI 03 S.A. manifestó su desacuerdo esgrimiendo las razones por las que consideró que la figura de la reversión -y con ella la transferencia de la Flota de vehículos automotores –buses alimentadores- no operaba en el Contrato, tal y como, finalmente, quedó consignado en el Acta de Liquidación del Contrato.

13.- TRANSMILENIO S.A. fundamentó la procedencia de la reversión en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y en varias jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de las que dedujo que la reversión, aunque no estuviese pactada expresamente en el Contrato, es de la esencia y de la naturaleza misma del contrato de concesión.

14.- Los 119 vehículos automotores – buses alimentadores- que integraban la Flota en operación para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, fueron transferidos el 26 de marzo de 2015 por el Concesionario SI 03 S.A. a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A., como se reconoce y se hace constar en el Acta de Liquidación del Contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

15.- A folios 54 a 59 del Acta de Liquidación obra una tabla que relaciona los vehículos transferidos, identificados con el número del móvil, marca, placa y modelo. La verificación de esa tabla indica que fueron entregados, por parte de SI 03 S.A. a TRANSMILENIO S.A., los móviles identificados con los números 6000 al 6088, 6091, 60104, 60107 y 60112 al 60140, es decir, 119 vehículos automotores –buses alimentadores-.

16.- El 26 de marzo de 2015 fueron entregados los vehículos automotores –buses alimentadores- objeto de reversión, por parte de SI 03 S.A. a TRANSMILENIO S.A. y, al efecto, se elaboró la que se denominó **"ACTA DE ENTREGA DE VEHÍCULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003"** donde se relacionó detalladamente cada uno de los 119 vehículos que integraban la Flota en operación (Número 1 del Acta), así:

"1.- LISTADO DE VEHÍCULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN

"SI 03 S.A. hace entrega física de 119 buses que figuran a su nombre y que se relacionan en el presente documento, para lo cual, los vehículos son verificados en el patio de USME. (...)

17.- En relación con el contenido del Acta de Entrega, se precisa que en el número 1.2. se relacionan 9 vehículos que, como se indica allí, no son objeto de reversión y obviamente se trata de buses distintos a los 119 vehículos relacionados en el cuadro anterior que sí fueron objeto de reversión, según la exigencia de entrega efectuada por TRANSMILENIO S.A.

18.- El día 26 de marzo de 2015, fecha en la que fueron entregados los 119 vehículos automotores –buses alimentadores- por parte de SI 03 S.A. a TRANSMILENIO S.A., aquél entregó también "2.1... los documentos individuales por vehículo tales como Licencia de Tránsito, SOAT, Certificado de Revisión Técnico-Mecánica y Tarjeta de Operación, así como la hoja de vida de mantenimiento de los 119 buses en medio físico (Carpetas).

"2.2. Respecto al Impuesto del Año Gravable 2015, el operador hace entrega del pago de impuestos del año 2015.

"2.3. SI 03 S.A. hace entrega de los 119 formularios de traspaso debidamente diligenciados con improntas para legalizar los traspasos a nombre de TRANSMILENIO S.A."

Lo anterior se hace constar en el **"ACTA DE ENTREGA DE VEHÍCULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003"**.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

19.- En la fecha en que fueron revertidos los vehículos automotores -buses alimentadores- (26 de marzo de 2015), la propiedad de éstos la detentaba SI 03 S.A., y frente a algunos de ellos, en la actualidad, aparece como propietario TRANSMILENIO S.A. en virtud de la reversión misma, como se observa en los cuadros siguientes (...)

20.- Ahora bien, en relación con la propiedad de 27 buses, que a continuación se relacionan, si bien no aparece SI 03 S.A. como su propietario, ello obedece a que se trataba de buses que fueron adquiridos mediante leasing sobre los que se ejerció la opción de compra y ante la imposición de la reversión se optó por que fuera traspasada su propiedad directamente de las compañías de financiamiento comercial a TRANSMILENIO S.A., tal como aparece en el hecho 18 de esta demanda y se hizo constar en el punto 2.3 del Acta de Entrega de los vehículos (...)

21.- El valor comercial de los 119 vehículos automotores -buses alimentadores-, objeto de reversión, que fueron transferidos por SI 03 S.A. a TRANSMILENIO S.A. asciende a la suma de ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$11.155'979.946.00)

22.- A folio 62 del Acta de Liquidación del Contrato se hace constar la orden impartida al Concesionario SI 03 S.A. de pago a TRANSMILENIO S.A. del valor de un vehículo automotor -bus alimentador- que, por causa de pérdida total por calcinamiento, no pudo ser entregado en reversión. La cuantificación de tal vehículo fue estimada en la suma de \$83'563. 200.00.

23.- Como se ha venido expresando, vencido el plazo contractual, el 25 de septiembre de 2015 fue liquidado el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, conforme a las previsiones de la cláusula 124 del mismo, y conforme al Acta de Liquidación se dejó constancia (folios 43 y 44) que el Concesionario SI 03 S.A., cumplió con todas y cada una de las obligaciones contractuales pactadas.

Demanda No 5407:

A.- HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003 GENERADO POR EL NO RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO DEL CONTRATO.

1.- La convocante es una sociedad constituida, como se mencionó, mediante Escritura Pública No. 0002483 del 24 de octubre de 2003, otorgada en la Notaría 41 del Círculo Notarial de Bogotá D.C, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con la Matrícula Mercantil No. 01319696 del 29 de octubre de 2003, NIT 830.129.995-1.

2.- El objeto social de la sociedad SI 03 S.A. se describió en el acto de constitución así:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS EN SUS DIFERENTES MODALIDADES, INCLUYENDO LA MODALIDAD COMO ALIMENTADOR DEL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO. 2. LA PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS O CONCURSOS DE MÉRITOS, PRESENTANDO PROPUESTAS, OFERTAS, SUSCRIBIENDO Y EJECUTANDO CONTRATOS DE CONCESIÓN Y TODOS LOS DEMÁS CONTRATOS ACCESORIOS Y COMPLEMENTARIOS. 3. EJECUTAR TODOS LOS ACTOS, OPERACIONES, NEGOCIACIONES O CONTRATOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ: A. REALIZAR EN SU PROPIO NOMBRE O POR CUENTA DE TERCEROS O EN PARTICIPACIÓN, TODA CLASE DE OPERACIONES COMERCIALES, CIVILES, FINANCIERAS, INDUSTRIALES, SOBRE BIENES MUEBLES O INMUEBLES Y CONSTITUIR CUALQUIER CLASE DE GRAVÁMENES SOBRE ÉSTOS, COMPRAR, VENDER, ADMINISTRAR, ARRENDAR INMUEBLES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SE RELACIONEN CON SU OBJETO SOCIAL. B. CELEBRAR CONTRATOS CIVILES O ADMINISTRATIVOS CON PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS SEAN ÉSTAS DE DERECHO PÚBLICO, CONVENIENTES PARA EL LOGRO DE LOS FINES SOCIALES. C. EFECTUAR OPERACIONES DE PRÉSTAMOS, EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA, DESCUENTOS O CONTRATOS DE CUENTA CORRIENTE, CUENTA DE AHORRO, ACEPTACIONES BANCARIAS, CRÉDITOS DE TESORERÍA, GIROS DIRECTOS, GIROS FINANCIADOS, DANDO O RECIBIENDO GARANTÍAS REALES O PERSONALES, INCLUSIVE HIPOTECARIAS O PRENDARIAS. CONTRATAR PÓLIZAS DE SEGUROS Y CELEBRAR TODA CLASE DE OPERACIONES CON COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. D. GIRAR, ENDOSAR, DESCONTAR INSTRUMENTOS NEGOCIALES. E. ADQUIRIR O NEGOCIAR CRÉDITOS DE CUALQUIER NATURALEZA, CÉDULAS O BONOS. E. SUSCRIBIR Y ENAJENAR ACCIONES EN TODA CLASE DE SOCIEDADES. F. PARTICIPAR EN LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, O EN CONCURSO DE MÉRITOS, PUDIENDO CONSTITUIR CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES. G. FORMAR PARTE COMO SOCIA DE OTRAS SOCIEDADES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SEAN COMPLEMENTARIAS DEL OBJETO PRINCIPAL O QUE COMPRENDAN ACTIVIDADES QUE FACILITEN O SEAN INDISPENSABLES PARA SU DESARROLLO. H. FUSIONARSE O INCORPORARSE EN CUALQUIER FORMA CON OTRA U OTRAS COMPAÑÍAS QUE SE DEDIQUEN A NEGOCIOS O ACTIVIDADES DE NATURALEZA SEMEJANTE, TRANSFORMARSE EN OTRA Y EN GENERAL, REALIZAR TODOS LOS ACTOS Y OPERACIONES Y CELEBRAR TODOS LOS CONTRATOS QUE FUEREN NECESARIOS O CONVENIENTES PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

3.- *La Sociedad Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. – es una Sociedad por Acciones creada entre Entidades Públicas del orden Distrital, bajo la forma de Sociedad Anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, D.C., constituida mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999, NIT 830.063.506.*

4.- *En el año 2003, la sociedad SI 03 S.A. participó dentro del proceso de selección convocado mediante Resolución No. 223 del 2 de octubre de ese año por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. (Licitación Pública No. 05 de 2003), cuyo objeto fue otorgar en concesión la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema TransMilenio sobre las zonas de alimentación del Sistema.*

5.- *Analizada la propuesta presentada por SI 03 S.A. y agotadas las etapas previstas para el proceso de selección, bajo la modalidad de Licitación Pública, la sociedad convocante resultó favorecida con la adjudicación del Contrato, tal y como consta en la Resolución No. 286 del 5 de diciembre de 2003, concretamente para la prestación del servicio de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentador, en la Zona Sur de Bogotá.*

6.- *Como resultado de lo anterior, fue suscrito el Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003, entre TRANSMILENIO S.A. y SI 03 S.A.*

El objeto del Contrato fue definido de la siguiente manera:

"CLÁUSULA 2. EL presente Contrato tiene por objeto otorgar en concesión no exclusiva, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que sean previstas en el Contrato respectivo, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema TransMilenio dentro de la siguiente zona de alimentación [Zona Sur], delimitada según las Unidades de Planeación Zonal [UPZ] ...".

7.- *El valor del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 fue indeterminado, conforme a la cláusula 139 del mismo:*

"El presente contrato de concesión es de valor indeterminado".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

8.- El plazo del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, conforme a la cláusula 113., fue pactado en 10 años, a partir del inicio de la operación regular.

9.- La suscripción del Acta de Inicio de la operación regular en realidad no se presentó como tal, pues mediante oficio 6721 del 24 de septiembre de 2004, el Director de Operaciones de TRANSMILENIO S.A. le informó al representante legal de SI 03 S.A. lo siguiente:

*"En desarrollo de lo estipulado en los acuerdos contractuales vigentes, nos permitimos informarle que ... **la Empresa SI 03 S.A. deberá iniciar la prestación del servicio de alimentación el día 26 de marzo de 2005** ..."*

10.- El día 26 marzo de 2005, SI 03 S.A. inició la operación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentación, en la Zona Sur, Estaciones Calle 40 Sur y Portal Tunal.

11.- El Contrato de Concesión No. 449 de 2003, establece en el Título 2., numeral 2.1.5, como uno de sus principios y objetivos, el de costeabilidad, dentro del cual se incluye la rentabilidad para los operadores del Sistema TransMilenio, así:

"(...)

*"2.1.5 **Costeabilidad:** accesible para los usuarios, **rentable para los operadores privados** y financiable para el Estado." (Negrillas fuera del texto)*

12.- En las cláusulas 6. y 8. se establecieron cuáles serían los ingresos del Concesionario SI 03 S.A. y cuáles los de TRANSMILENIO S.A.:

"... DERECHOS DEL CONCESIONARIO

"La concesión de la explotación económica de la actividad de transporte mediante la operación de alimentación del Sistema Transmilenio, confiere al CONCESIONARIO, sin que implique exclusividad alguna, los siguientes derechos:

"...

"6.1 El derecho a ser el titular de los servicios de transporte para la alimentación del Sistema TransMilenio en general, y en particular de los que se establezcan y desarrollen dentro de la Zona de Alimentación que le sea asignada con carácter preferente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"6.2 El derecho a la **explotación económica** de la actividad de transporte de pasajeros dentro de los servicios alimentadores del Sistema TransMilenio, a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos producidos por la prestación del servicio.

"...

"6.5 El derecho a recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la operación de la alimentación en los términos y condiciones previstos en el presente contrato de concesión.

"6.6 El derecho a recibir cualquier otra prestación económica que en su favor establezca el presente contrato.

"6.7 El derecho a disfrutar sin perturbación alguna, de los derechos que el contrato de concesión le confiere".

"...DERECHOS DE TRANSMILENIO

"...

"8.3 El derecho a recibir una remuneración de parte del CONCESIONARIO por la concesión que se le otorga dentro del Sistema TransMilenio, conforme a lo previsto en el presente contrato" (Negrilla fuera del texto).

13.- En la cláusula 96 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 (remuneración al operador de la alimentación) se establece:

"Como remuneración por las obligaciones que le impone la concesión al CONCESIONARIO, se le otorgará al mismo el derecho a una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del Sistema TransMilenio, lo cual se instrumentará mediante el pago periódico de un valor que para los efectos del contrato de concesión se denominará 'participación', el que será establecido conforme a las condiciones previstas en el contrato. ... Dicha participación le será cancelada con cargo y hasta concurrencia del producido por la venta al público del servicio de transporte de pasajeros a través del Sistema TransMilenio.

El Concesionario obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato un valor que estará determinado en una función combinada de los pasajeros transportados y los kilómetros

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

programados y recorridos efectivamente, definida globalmente en términos de pasajeros transportados, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por TRANSMILENIO S.A., restringido al nivel de ingresos generados por los pasajeros pagos.

Teniendo en cuenta que la estructura económica definida para el Sistema Transmilenio tiene uno de sus referentes en la formulación de pago de los operadores troncales del Sistema, la interrelación entre éstos y los concesionarios de la operación de la alimentación se dará en función de la siguiente fórmula, incorporada en el numeral 77.1 de los contratos de concesión para la operación troncal: (...)."

14.- *El demandante SI 03 S.A. evidenció que los costos de operación que implicaba la prestación del servicio de transporte público de pasajeros resultaban superiores a los que pudo prever al momento de presentar su propuesta económica y de suscribir el Contrato de Concesión, reflejándose ello en el flujo de caja generado por el giro ordinario del negocio sobre el cual se estructuró financieramente la concesión del servicio.*

Frente a tal situación, la firma Proyen Ingeniería Ltda. elaboró un análisis en relación con el mantenimiento primario que requería la estructura vial -zona sur- a ser utilizada por las rutas alimentadoras, estudio que presentó el 27 de septiembre de 2006, en el cual incorporó los resultados técnicos y económicos obtenidos al diagnosticar que el mantenimiento de esas vías requería una inversión de aproximadamente \$5.300 millones.

El estudio anterior fue dado a conocer a TRANSMILENIO S.A. el 11 de abril de 2007 por parte del Concesionario SI 03 S.A. y, ante la evidencia del desequilibrio económico del Contrato de Concesión que se presentaba, fue suscrito el Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, mediante el cual se modificó la cláusula 96 del Contrato así:

"PRIMERO. *Modificar la cláusula 96 del contrato, ajustando la remuneración por pasajero que se debe pagar al CONCESIONARIO en un valor de \$113/pasajero, de manera que la tarifa total que se debe pagar al CONCESIONARIO asciende a la suma de \$534,48/pas.*

"PARÁGRAFO. *Este ajuste en la remuneración será incorporado a partir del siguiente ajuste de tarifas, el cual se efectuará en el plazo y bajo las condiciones previstas en el contrato.*

"SEGUNDO. *El CONCESIONARIO manifiesta expresamente que renuncia a iniciar cualquier reclamación por costos asociados a la inversión en vehículos, chatarrizados y preoperativos. (Negrilla fuera del texto).*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

"TERCERO. En caso de requerirse la vinculación de vehículos adicionales para garantizar la adecuada prestación del servicio de alimentación, el CONCESIONARIO se compromete a implementar los mecanismos necesarios con el fin de que dicha vinculación no deteriore la relación de IPK o corregir su efecto en la relación ingresos contra gastos, permitiendo cubrir los gastos de operación y mantenimiento de la nueva flota, la recuperación de la inversión, costos financieros y rentabilidad sobre la misma.

"(...)

"QUINTO. El presente acuerdo no modifica la estructura de riesgos del contrato de concesión." (Negrilla fuera del texto).

El Otrosí fue el resultado de las siguientes consideraciones por parte de TRANSMILENIO S.A. ante la situación expuesta por SI 03 S.A., donde se evidenció el enorme riesgo que afectaba la continuidad de la prestación del servicio concesionado:

"(...)

"4. Que a partir de la situación financiera del Concesionario evidenciada en los estados financieros con corte a diciembre 31 de 2006, las partes han celebrado diversas reuniones con el fin de adoptar las medidas que garanticen la continuidad en el servicio público de transporte y el cumplimiento de los fines del contrato estatal.

"5. Que esta situación fue expuesta por el CONCESIONARIO a TRANSMILENIO S.A. mediante comunicación de abril 11 de 2007.

"6. Que el CONCESIONARIO puso a consideración de TRANSMILENIO S.A. el informe elaborado el 27 de septiembre de 2006 por la firma Proyen Ingeniería Ltda., en el cual se presentaban los resultados técnicos y económicos obtenidos al diagnosticar, priorizar y valor (sic) el mantenimiento primario que requerían las vías de las rutas alimentadoras. Este estudio concluye que para este mantenimiento se requería de aproximadamente \$5.300 millones de pesos.

"7. Que este informe fue analizado por el Instituto de Desarrollo Urbano mediante memorando STPE-1100-1457 de enero 16 de 2007, entidad que manifestó que no contaba con los recursos necesarios para atender las necesidades actuales de las vías utilizadas como rutas alimentadoras.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

"8. Que analizados los hechos puestos a consideración de TRANSMILENIO S.A., con base en el memorando STPE-1100-1457 del Instituto de Desarrollo Urbano, y en los análisis internos contenidos en el documento "ESTUDIO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO SI03 de 2003" elaborado por TRANSMILENIO S.A., es viable concluir que **con posterioridad al contrato se presentaron circunstancias nuevas imprevisibles para el CONCESIONARIO que afectan la ecuación económica del contrato.**

"9. Que, en síntesis, **el estado actual de las vías (deterioro) constituye el hecho imprevisible y la causa que originó la afectación del equilibrio económico del contrato** y por lo tanto **no puede ser considerado dentro del esquema de distribución de riesgos** definido en las cláusulas 104 a 108 del contrato, para el Concesionario.

"10. Que TRANSMILENIO S.A., mediante el documento ESTUDIO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO SI03 de 2003, evalúo los informes de costos de operación e inversión y las características de los mecanismos de financiación empleados (tipo, monto, plazo, período de gracia, periodicidad de pagos, tasa, fecha inicio etc.) por el CONCESIONARIO.

"11. Que en el mencionado documento se concluye que, SI 03 está generando pérdidas operacionales y de ejercicio, que tiene una situación de iliquidez insostenible, un nivel de endeudamiento por encima de todo parámetro y un flujo de caja que no soporta el proyecto. Adicionalmente, está incurso en causal de disolución, por lo que es necesario que se tomen medidas estructurales para solventar esta situación.

"Como parte de la problemática de esta situación se concluye: que **los costos de operación y mantenimiento actualmente son superiores a los que pudieron preverse inicialmente**; y considerando que la concesión del servicio se estructuró financieramente soportándose en el flujo de caja generado por el giro ordinario del negocio, será necesario reflejar en el flujo de caja los hechos que lo alteran, en detrimento del buen desempeño financiero. Analizados estos hechos, el documento concluye que las condiciones precarias de las vías por donde circulan los vehículos alimentadores, producto de un mantenimiento insuficiente, agravado por las altas pendientes de algunas de ellas y los niveles de congestión, **han causado el incremento de costos operativos**, tales como un mayor consumo de combustible y lubricantes, mayor desgaste de neumáticos y en definitiva mayor desgaste de los vehículos que repercute en un incremento de los costos de mantenimiento.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"12. Que, con base en las consideraciones anteriores, TRANSMILENIO S.A. mediante el documento citado anteriormente realizó los análisis técnicos pertinentes y concluyó:

'a. Que con base en el análisis de costos de inversión, operación, demanda, y relación de IPK histórico, así como en la tendencia futura de la demanda e IPK de la Zona Sur, se encuentra necesario, con el fin de hacer sostenible la operación del servicio de alimentación en dicha zona, incrementar el pago por pasajero de tal forma que el costo por pasajero se iguale a \$534.48/pas, lo que representa un ajuste de \$113,0/pas sobre el actual costo equivalente por pasajero (aprox. 26,81%).

'b. Que este ajuste reconoce los **costos reales de operación** del Concesionario, mayores a los observados en otras zonas de alimentación, dadas las condiciones particulares de la Zona y las nuevas circunstancias presentadas que eran imprevisibles al momento de presentar la propuesta.

'c. Que este ajuste contempla la recuperación del 100% de la inversión por vehículo en el plazo comprendido entre la firma del Otrosí y la terminación del contrato de concesión. Esto incluye el costo de los vehículos, gastos por chatarrización y las inversiones necesarias para la puesta en operación'.

"13. Que de no realizarse el ajuste mencionado, se pone en riesgo la prestación del servicio público de transporte masivo y por consiguiente los objetivos y finalidades del contrato, por lo cual es obligación de las partes adoptar las medidas que permitan garantizar la continuidad del mismo.

"14. Que la base de este acuerdo lo constituyen los estados financieros presentados por el CONCESIONARIO, así como los análisis efectuados por TRANSMILENIO S.A. al respecto contenidos en el "Estudio de Desequilibrio Económico SI03 S.A." y en el Informe Dirección Financiera- Análisis Financiero Alimentadores- 2007.

"15. Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos constituye una de las finalidades de los contratos estatales. En consonancia con lo anterior, los artículos 3 y 4 de la misma Ley, al determinar los derechos y obligaciones de las partes, señalan que éstas deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

"16. Que en el mismo sentido de lo señalado en el numeral anterior, el artículo 27 del estatuto contractual señala que en caso de rompimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato las partes adoptarán en el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

*menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".
(Negrilla fuera del texto).*

15.- A pesar de la existencia del Otrosí No. 06, y de que allí se tomaron medidas que conjurarían la inminencia de la continuación de la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, dados los mayores valores que implicaba para SI 03 S.A. operar sus buses por vías en pésimas condiciones, nunca fue **restablecido** el rompimiento económico que ya había ocurrido por el hecho de haber operado buses desde el 26 de marzo de 2005 y hasta la fecha en que se empezó a pagar el ajuste de \$113.00 por pasajero, en las mismas condiciones que justificaron tal compensación que, como se vio, fue una medida para **prever** la ruptura del equilibrio en lo que restaba por ejecutar del Contrato, es decir, hacia el futuro, mas no para **restablecer** el desequilibrio de las prestaciones económicas del mismo, ocurrido con anterioridad.

Es decir, TRANSMILENIO S.A. está en la obligación de pagar al Concesionario SI 03 S.A. –por tratarse de un hecho cierto, además, reconocido, aceptado y pagado durante la ejecución del Contrato posterior a su implementación- la cifra que, se estima, debió reconocerse para restablecer el equilibrio económico del Contrato, en razón del desequilibrio ocurrido entre el 26 de marzo de 2005 y la fecha en que se hizo efectivo el ajuste de \$113.00 por pasajero, para, de esa manera, restablecer económicamente el equilibrio referido durante ese lapso de operaciones.

No puede afirmarse, como lo hizo TRANSMILENIO S.A., que con la suscripción del Otrosí 06 se entendió superado el tema del desequilibrio económico en este aspecto al que ahora nos referimos, por la potísima razón de que, de una parte, la simple lectura del mismo, no conduce a la veracidad de tal afirmación y, de otra parte, no existe ninguna manifestación del Concesionario que incorpore condonación alguna por esas cifras, tal y como se desprende simplemente del texto del Otrosí 06 del 27 de septiembre de 2007.

16.- El Contrato de Concesión No. 449 de 2003, capítulo 10, cláusulas 104., 105., 106., 107. y 108. señalan, en relación con la distribución de riesgos del Contrato, lo siguiente (...)

17.- En relación con el desequilibrio económico del Contrato ocurrido, se destaca que el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, en su cláusula 3. -Naturaleza del Contrato-, prescribe:

"El presente contrato de concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a TRANSMILENIO S.A. y al CONCESIONARIO a partir de la fecha de su entrada en vigencia, como partes que son del contrato. Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado."

18.- Y que, según el título 2 (cláusula 2.2.12 inciso 2) del mismo Contrato de Concesión:

*"Los principios y objetivos del Sistema TransMilenio serán tenidos en cuenta para la adecuada **comprensión e interpretación del presente contrato de concesión y constituyen las directrices que permiten determinar el alcance de los derechos y obligaciones que el mismo atribuye a las partes**" (Negrilla fuera del texto)*

19.- Las circunstancias narradas en los hechos antes descritos ocurrieron durante la ejecución del Contrato, y sobre ellas se generaron las respectivas reclamaciones ante TRANSMILENIO S.A., sin que tuvieran éxito.

En efecto, mediante escrito presentado el 11 de agosto de 2014, el Concesionario SI 03 S.A., entre otras, **formuló reclamación formal** por los hechos que consideró rompimiento del equilibrio económico del Contrato en relación con los mayores costos de operación reconocidos mediante Otrosí No. 06.

Sobre tales situaciones, tal y como consta en el Acta de Liquidación y en el expediente administrativo del Contrato, se formularon, por parte de SI 03 S.A. a la empresa TRANSMILENIO S.A., las reclamaciones correspondientes, las cuales fueron tramitadas bajo el procedimiento administrativo previsto en el Contrato como arreglo directo y, sobre la vigencia de esas inconformidades, dadas las decisiones que al respecto se adoptaron, se dejó constancia que aparece consignada en el Acta de Liquidación a folio 39, así:

"2. VERIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

"...

"2.14 PROCESOS DE ARREGLO DIRECTO

No. de proceso		Abogado sustanciador	Amparo Alvis Pedreros
Contrato No.	449 de 2003	Concesionario	SI 03 S.A.
Proceso sancionatorio		Arreglo directo	X

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Descripción	RECLAMACIÓN EN RELACIÓN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO
--------------------	--

Fecha de inicio	27 de noviembre de 2014		Radicado inicio de proceso	
Audiencia 1	Fecha	27-11-2014	Descripción	Primera reunión arreglo directo. Se solicita suspensión para revisar los argumentos adicionales del operador y se fija fecha para continuación de la reunión para el 10 de diciembre de 2014
Audiencia 2	Fecha	10-12-2014	Descripción	Se lleva a cabo la reunión en donde se le expone al operador la posición de Transmilenio S.A., señalando que no procede la reclamación y en ese sentido se declara fallida la etapa de arreglo directo.
Audiencia 3	Fecha		Descripción	
Actividades a desarrollar			SE ENTIENDE FINALIZADA LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO ENTENDIÉNDOSE FALLIDA DICHA ETAPA.	

A continuación, también se dejó constancia de otros procesos judiciales o controversias que, como ocurre con las reclamaciones del Concesionario SI 03 S.A., se prevé su sometimiento a decisión judicial, así como otras que podrían sobrevenir por parte de terceros, así:

"2.15. PROCESOS JUDICIALES

"A la fecha de suscripción de la presente acta, figuran procesos judiciales en curso; no obstante, podrían sobrevenir reclamaciones o proceso futuros, siendo los siguientes:

"..."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Entonces está claro que, cuando las partes convinieron en liquidar bilateralmente el Contrato, plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 y que, en oportunidad anterior a la liquidación, fueron objeto de reclamación por parte del Concesionario ante la empresa TRANSMILENIO S.A.. De allí la razón por la que, el cuadro con la información referente a ese tema aparece en el texto del Acta de Liquidación como uno de aquéllos, materia de futuros litigios o controversia judiciales.

Más adelante, y por ser un tema que surgió al finalizar el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, en el Acta de Liquidación se consignó, igualmente, como objeto de discrepancia, el tema relativo a la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- y, frente a ello, resultó necesario efectuar una nueva reclamación o salvedad en la que se dispuso de un acápite completo para que allí se pudieran esgrimir las razones del disenso, pues era esa la única oportunidad para dárselas a conocer a TRANSMILENIO S.A., en la medida en que no existió una etapa anterior, destinada a tal fin, como sí ocurrió, entre otras, con las reclamaciones relativas al incumplimiento por desequilibrio económico - financiero del Contrato No. 449 de 2003.

B.- HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 449 DE 2003, POR CONCEPTO DE FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA O REFERENTE.

1.- *La convocante es una sociedad constituida, como se mencionó, mediante Escritura Pública No. 0002483 del 24 de octubre de 2003, otorgada en la Notaría 41 del Círculo Notarial de Bogotá D.C, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con la Matrícula Mercantil No. 01319696 del 29 de octubre de 2003, NIT 830.129.995-1.*

2.- *El objeto social de la sociedad SI 03 S.A. se describió en el acto de constitución así:*

"LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS EN SUS DIFERENTES MODALIDADES, INCLUYENDO LA MODALIDAD COMO ALIMENTADOR DEL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO. 2. LA PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS O CONCURSOS DE MÉRITOS, PRESENTANDO PROPUESTAS, OFERTAS, SUSCRIBIENDO Y EJECUTANDO CONTRATOS DE CONCESIÓN Y TODOS LOS DEMÁS CONTRATOS ACCESORIOS Y COMPLEMENTARIOS. 3. EJECUTAR TODOS LOS ACTOS, OPERACIONES, NEGOCIACIONES O CONTRATOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ: A. REALIZAR EN SU PROPIO NOMBRE O POR CUENTA DE TERCEROS O EN PARTICIPACIÓN, TODA CLASE DE OPERACIONES COMERCIALES, CIVILES, FINANCIERAS, INDUSTRIALES,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

SOBRE BIENES MUEBLES O INMUEBLES Y CONSTITUIR CUALQUIER CLASE DE GRAVÁMENES SOBRE ÉSTOS, COMPRAR, VENDER, ADMINISTRAR, ARRENDAR INMUEBLES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SE RELACIONEN CON SU OBJETO SOCIAL. B. CELEBRAR CONTRATOS CIVILES O ADMINISTRATIVOS CON PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS SEAN ÉSTAS DE DERECHO PÚBLICO, CONVENIENTES PARA EL LOGRO DE LOS FINES SOCIALES. C. EFECTUAR OPERACIONES DE PRÉSTAMOS, EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA, DESCUENTOS O CONTRATOS DE CUENTA CORRIENTE, CUENTA DE AHORRO, ACEPTACIONES BANCARIAS, CRÉDITOS DE TESORERÍA, GIROS DIRECTOS, GIROS FINANCIADOS, DANDO O RECIBIENDO GARANTÍAS REALES O PERSONALES, INCLUSIVE HIPOTECARIAS O PRENDARIAS. CONTRATAR PÓLIZAS DE SEGUROS Y CELEBRAR TODA CLASE DE OPERACIONES CON COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. D. GIRAR, ENDOSAR, DESCONTAR INSTRUMENTOS NEGOCIALES. E. ADQUIRIR O NEGOCIAR CRÉDITOS DE CUALQUIER NATURALEZA, CÉDULAS O BONOS. E. SUSCRIBIR Y ENAJENAR ACCIONES EN TODA CLASE DE SOCIEDADES. F. PARTICIPAR EN LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, O EN CONCURSO DE MÉRITOS, PUDIENDO CONSTITUIR CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES. G. FORMAR PARTE COMO SOCIA DE OTRAS SOCIEDADES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SEAN COMPLEMENTARIAS DEL OBJETO PRINCIPAL O QUE COMPRENDAN ACTIVIDADES QUE FACILITEN O SEAN INDISPENSABLES PARA SU DESARROLLO. H. FUSIONARSE O INCORPORARSE EN CUALQUIER FORMA CON OTRA U OTRAS COMPAÑÍAS QUE SE DEDIQUEN A NEGOCIOS O ACTIVIDADES DE NATURALEZA SEMEJANTE, TRANSFORMARSE EN OTRA Y EN GENERAL, REALIZAR TODOS LOS ACTOS Y OPERACIONES Y CELEBRAR TODOS LOS CONTRATOS QUE FUEREN NECESARIOS O CONVENIENTES PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL”.

3.- *La sociedad Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. – es una sociedad por Acciones creada entre Entidades Públicas del orden Distrital, bajo la forma de sociedad Anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 004 del 4 de febrero de 1999 del Concejo de Bogotá, D.C., constituida mediante Escritura Pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999, NIT 830.063.506.*

4.- *En el año 2003, la sociedad SI 03 S.A. participó dentro del proceso de selección convocado mediante Resolución No. 223 del 2 de octubre de ese año por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.– (Licitación Pública No. 05 de 2003), cuyo objeto fue otorgar en concesión la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema TransMilenio sobre las zonas de alimentación del Sistema.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

5.- Analizada la propuesta presentada por SI 03 S.A. y agotadas las etapas previstas para el proceso de selección, bajo la modalidad de Licitación Pública, la sociedad convocante resultó favorecida con la adjudicación del Contrato, tal y como consta en la Resolución No. 286 del 5 de diciembre de 2003, concretamente para la prestación del servicio de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentador, en la Zona Sur de Bogotá.

6.- Como resultado de lo anterior, fue suscrito el Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003, entre TRANSMILENIO S.A. y SI 03 S.A.

El objeto del Contrato fue definido de la siguiente manera:

"CLÁUSULA 2. EL presente Contrato tiene por objeto otorgar en concesión no exclusiva, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que sean previstas en el Contrato respectivo, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema TransMilenio dentro de la siguiente zona de alimentación [Zona Sur], delimitada según las Unidades de Planeación Zonal [UPZ] ..." (Negrilla fuera del texto).

7.- El valor del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 fue indeterminado, conforme a la cláusula 139 del mismo:

"El presente contrato de concesión es de valor indeterminado".

8.- El plazo del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, conforme a la cláusula 113, fue pactado en 10 años, a partir del inicio de la operación regular:

*"... el plazo de duración de la concesión será de 10 años contados a partir del **inicio de la operación regular**.*

*"Para todos los efectos legales, y en especial para la interpretación de las estipulaciones contractuales en las cuales se haga referencia a un determinado número de años de la concesión, **se entenderá por "año" el período de doce meses corridos y subsiguientes, contados a partir de la fecha de iniciación de la etapa de operación regular de la concesión**". (Negrilla fuera del texto)*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

9.- Como se observa, la iniciación del período contractual estaba determinada por la fecha en que se diera inicio a la "operación regular" de la flota vinculada al Sistema.

Para determinar en qué consistió esa operación regular, resulta necesario aludir a las siguientes cláusulas del Contrato:

La cláusula 82 del Contrato de Concesión estableció:

**"OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LA
IMPLANTACIÓN DEL PROYECTO.**

"TRANSMILENIO S.A. le entregará, el día de la suscripción del Contrato al CONCESIONARIO el cronograma de vinculación al servicio de su flota, donde se establecen las fechas en las cuales deben estar en disposición para la operación, los diferentes volúmenes de flota necesarios conforme a lo adjudicado. De acuerdo con este cronograma, el CONCESIONARIO debe entregar 10 días después de la firma del Contrato, un plan que establezca claramente los pasos requeridos para la fabricación y vinculación de los vehículos al servicio, con los tiempos requeridos para cada paso.

"Este plan será consultado por TRANSMILENIO S.A. para elaborar un esquema de PAR Y PASO para la vinculación efectiva de la flota al sistema.

"De esta forma, para asegurar dicha vinculación en los momentos adecuados, el operador deberá consultar con TRANSMILENIO S.A. las nuevas inversiones a realizar, que presenten una cuantía superior a US\$100.000.

"El CONCESIONARIO deberá presentar a TRANSMILENIO S.A. una orden de pedido en firme de los vehículos, aceptada por el proveedor, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la firma del acta de iniciación del Contrato.

"Este período de treinta (30) días podrá ser postergado por TRANSMILENIO S.A. en los casos en que considere que los requerimientos necesarios para el inicio de la operación van a tener retrasos, excepción hecha de posibles retrasos causados por el incumplimiento del CONCESIONARIO. En este caso TRANSMILENIO S.A. corregirá el cronograma de vinculación de flota, e informará al CONCESIONARIO la fecha en la cual se debe cumplir con el requisito.

"Salvo modificación del cronograma, el CONCESIONARIO se compromete a tener listos para operar los vehículos

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

correspondientes a la oferta que le haya sido adjudicada a más tardar seis (6) meses calendario después de la firma del acta de iniciación del Contrato.

"Igualmente, este período de seis (6) meses solo podrá ser postergado por TRANSMILENIO S.A. en los casos en que considere que los requerimientos necesarios para el inicio de la operación van a tener retrasos, excepción hecha de posibles retrasos causados por el incumplimiento del CONCESIONARIO; en este evento en el cual TRANSMILENIO S.A. informará al CONCESIONARIO el nuevo plazo en el cual se deben tener disponibles los vehículos para cumplir con el requisito".
(Negrilla fuera del texto)

Como puede observarse, TRANSMILENIO S.A. se obligó a entregar al concesionario el cronograma de vinculación de la flota y **los diferentes volúmenes de flota necesarios conforme a lo adjudicado** y, a su turno, el concesionario se obligó a entregar, 10 días después de la firma del Contrato, un plan donde se determinarán las etapas requeridas para la fabricación y vinculación de los vehículos al servicio, con los tiempos requeridos para cada etapa.

Además, salvo modificación del cronograma, el Concesionario se comprometió a tener listos para operar los vehículos correspondientes a la oferta adjudicada, a más tardar seis (6) meses calendario después de la firma del acta de iniciación del Contrato.

En relación con "los volúmenes de flota necesarios conforme a lo adjudicado" (aparte resaltado en párrafo anterior), el Contrato fijó un número de vehículos que denominó **"flota básica referente de operación"**, considerada como aquella cantidad de vehículos automotores -buses alimentadores- que, necesariamente, y en número no inferior al definido allí, debía tener vinculados el Concesionario al Sistema, es decir, listos para operar de forma permanente, dadas las necesidades que, en términos de capacidad transportadora estableció -TRANSMILENIO S.A.-, para satisfacer las necesidades de movilización que demandaba el número de usuarios del Sistema de transporte público de pasajeros proyectado en la Zona Sur de Bogotá.

La cláusula 39 del Contrato de Concesión definió así el concepto de Flota Básica de operación:

"FLOTA BÁSICA REFERENTE DE OPERACIÓN. Se entiende por flota básica de operación, aquella requerida por las necesidades del servicio, para la atención satisfactoria de los servicios de alimentación que deban prestarse para el cumplimiento de los estándares de operación establecidos para el Sistema TransMilenio.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

*"Se denominará **flota básica inicial de operación**, la flota básica de operación que **TRANSMILENIO S.A. establece como flota referente para dar inicio a la operación**; no obstante, el concesionario podrá solicitar autorización para incrementar o reducir la flota básica inicial de operación, cuando acredite ante TRANSMILENIO S.A. la suficiencia de una flota menor, o la necesidad de una flota mayor, para la atención satisfactoria de los servicios que se le soliciten". (Negrilla y subrayas fuera del texto)*

Dentro del Contrato se incorporaron unas exigencias mínimas en relación con el número de vehículos (Flota Referente) y las características que debían cumplir éstos que, tanto el Concesionario como TRANSMILENIO S.A., estaban en la obligación de -el primero de ellos- vincularlos y -el segundo- poner en operación, todo con la finalidad de satisfacer las necesidades de cobertura del servicio de transporte de pasajeros en buses alimentadores para la Zona Sur de Bogotá, conforme a los cálculos y proyecciones que TRANSMILENIO S.A. determinó respecto de la cantidad de usuarios que transportaría el Sistema dentro de la Zona de operación adjudicada.

La Contratante TRANSMILENIO S.A. determinó, en esa misma cláusula 39 del Contrato, que para la operación de la Zona Sur se requería como Flota Básica Referente de operación la cantidad de 80 vehículos alimentadores, o su equivalente, con una capacidad de 80 pasajeros cada uno, así se ve reflejado en el cuadro inserto en el Contrato:

Zona	Nombre	Flota (Veh 80 pasajeros equivalentes)
1	Norte	35
2	Suba	66
3	Cll 80	80
5	Américas	66
6	Sur	80
7	Usme	54
TOTAL		381

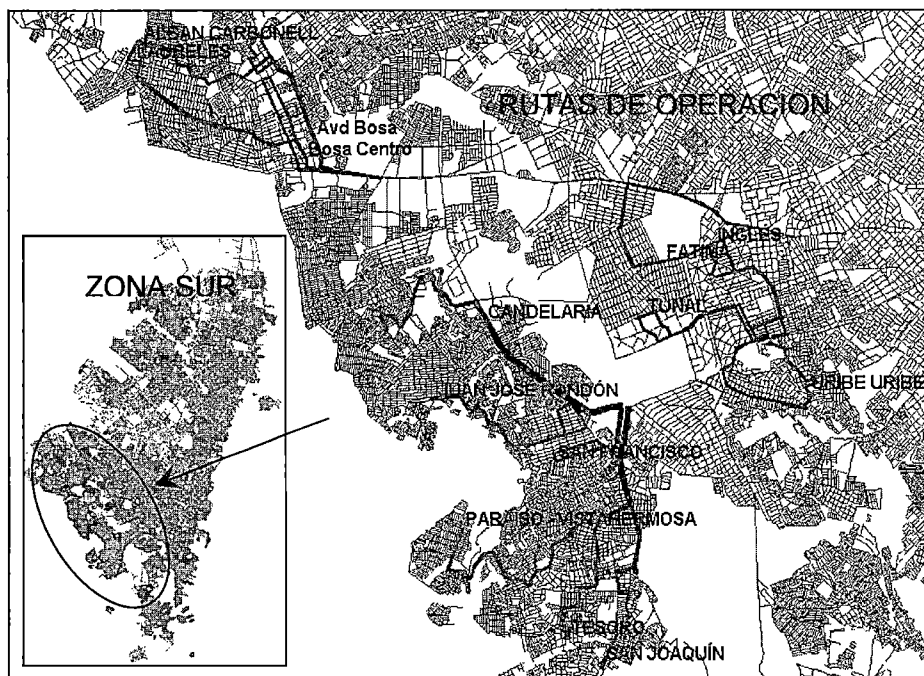
La Zona Sur está conformada por 19 UPZ con un área total de 70.98 kilómetros cuadrados,

		Área (Km ²)
69	ISMAEL PERDOMO	5.61
85	BOSA CENTRAL	7.21
65	ARBORIZADORA	3.08
35	CIUDAD JARDIN	1.35

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

6 ZONA SUR	39	QUIROGA	3.83
	42	VENECIA	6.66
	38	RESTREPO	3.61
	53	MARCO FIDEL SUAREZ	1.80
	63	EL MOCHUELO	3.23
	68	EL TESORO	2.29
	67	LUCERO	5.84
	62	TUNJUELITO	3.87
	66	SAN FRANCISCO	1.83
	70	JERUSALEM	5.40
	36	SAN JOSE	2.09
	41	MUZU	2.50
	48	TIMIZA	4.33
	45	CARVAJAL	4.38
	49	APOGEO	2.11
	AREA TOTAL ZONA 6		70.98

Y se detalla así en el siguiente mapa:



10.- En relación con lo anterior, las cláusulas 1 y 115 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 establecieron:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

"...1(1.24) Fecha de inicio de la operación regular: es la fecha en la cual se incorpora flota del CONCESIONARIO en la operación del Sistema TransMilenio para la prestación efectiva del servicio de transporte público de pasajeros, cualquiera que sea el número de vehículos que conforme la flota que se vincule a la prestación del servicio.

"(1.25) Flota: Es el conjunto de vehículos con las características, especificaciones y tipología previstas por el Contrato de Concesión, requeridos por el Sistema TransMilenio para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros bajo la modalidad terrestre automotor, a través de la operación de la alimentación..."

"115 DURACIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR. Se considerará iniciada la etapa de operación regular, a partir de la fecha que haya sido determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema TransMilenio, bajo las condiciones técnicas, económicas y operacionales previstas en el presente Contrato. (Negrilla fuera del texto)

11.- Como se ha visto, conforme al Contrato, el Concesionario se obligó a tener vinculados al Sistema TransMilenio y listos para operar 80 vehículos definidos como Flota Referente para la Zona Sur, dentro de los seis (6) meses siguientes a la suscripción del Acta de Inicio.

Este requisito (la suscripción del Acta de Inicio) no se cumplió como tal, pues mediante oficio 6721 del 24 de septiembre de 2004 el Director de Operaciones de TRANSMILENIO S.A. le informó al representante legal de SI 03 S.A. lo siguiente:

"En desarrollo de lo estipulado en los acuerdos contractuales vigentes, nos permitimos informarle que como parte del Plan de Transición trazado para la incorporación de las Zonas de Alimentación adjudicadas mediante Licitación 005 de 2003, la Empresa SI 03 S.A. deberá iniciar la prestación del servicio de alimentación el día 26 de marzo de 2005, en el número de buses que contemple el Plan de Transición". (Negrilla fuera del texto)

En este punto se debe destacar:

-Entre la fecha del oficio que se ha transcrito (24 de septiembre de 2004) y la fecha que se indica como el día en que el Concesionario iniciará la prestación del servicio de alimentación (26 de marzo de 2005) existe un período de 6 meses, como lo señalaba el Contrato en relación al Acta de Inicio; no obstante, ese oficio no se constituye -en absoluto- en el Acta de Inicio que

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

exigía éste para proceder a contabilizar los 6 meses definidos como el período dentro del cual el Concesionario debía tener la "flota definitiva" vinculada.

A pesar de lo expuesto, tal y como se probará, el Concesionario para esa fecha (26 de marzo de 2005) tenía vinculados al Sistema TransMilenio, no sólo los 80 vehículos que conformaban la Flota Básica Referente, sino 2 vehículos más como flota de reserva y poder cumplir así, satisfactoriamente, con las necesidades del servicio.

*Se alude a lo anterior solamente con el interés de evidenciar como, desde el inicio de la "operación" TRANSMILENIO S.A. no observó la ley del Contrato, y aun así el Concesionario cumplió sus compromisos, esto refiriéndonos a que nunca existió un Acta de Inicio de operación tal como lo exigía el Contrato y aun así el Concesionario tuvo oportunamente preparada, vinculada y lista la flota para operar. De igual forma, tampoco para ese momento, inicio de la operación, fue entregado a SI 03 S.A. Plan de Transición alguno que estableciera el número de vehículos con que se iniciaría la operación, de ahí que, dando estricto cumplimiento a lo previsto en el Contrato, en cuanto concierne al número de vehículos que conformaba su Flota Referente, éste pusiera a disposición de la operación **80 vehículos**, los cuales **fueron vinculados por TRANSMILENIO S.A. al Sistema, en su totalidad.***

Como ya se dijo, SI 03 S.A., inició la operación, 26 de marzo de 2005, con la totalidad de los vehículos que conformaban su Flota Básica Referente, en razón a que a ello lo obligaba el Contrato para dar inicio a la operación y dado que no le fue entregado el denominado "Plan de Transición" al que alude el oficio del 24 de septiembre de 2004. Sin embargo, para esa fecha no se había implementado por parte de Transmilenio S.A., el denominado Portal Sur del Sistema de TransMilenio, alterándose, lógicamente, el número de vehículos que en la Zona Sur debían transportar pasajeros en buses alimentadores conforme a la demanda proyectada del servicio que requería mínimo de 80 vehículos.

La carencia de infraestructura (Portal Sur) por incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. causó, como efecto colateral, que el Sistema no tuviera la afluencia de usuarios del servicio público de transporte proyectada, lo que a su vez conllevó a que TRANSMILENIO S.A. no pusiera en operación los 80 buses que exigió al Concesionario como Flota Básica, como se desprende de la simple lectura del Acta de Liquidación del Contrato, generándose perjuicios de orden económico para el Concesionario -SI 03 S.A.-, en la medida en que, los vehículos restantes, no sólo se encontraban cesantes por causas que no le resultaban imputables a éste, sino que esa falta de operación impedía que, como bienes productivos, sirvieran para apalancar -desde el punto de vista financiero- los costos en los que había incurrido para cumplir el Contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Ahora bien, es cierto que se constituía en un riesgo asumido por el Concesionario la mayor o menor demanda de usuarios que transportaría en sus vehículos, desde luego, siempre que estos últimos se encontraran en operación, pero la afectación económica para la sociedad Convocante se presentó por el hecho de no permitírsele operar la totalidad de la Flota Referente o Básica (80 vehículos), lo que implica un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Transmilenio S.A., como también lo constituye la carencia de infraestructura disponible a la fecha de inicio de la operación (puesta al servicio del Portal Sur), siendo así, la imposibilidad de operar los vehículos y, en consecuencia transportar pasajeros, ante la falta de infraestructura, un hecho constitutivo de incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 imputable a TRANSMILENIO S.A. generador de responsabilidad contractual a cargo de éste.

12.- *El día 26 marzo de 2005, SI 03 S.A. inició la operación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en la modalidad de alimentación, en la Zona Sur, solamente en las Estaciones Calle 40 Sur y Portal Tunal, con vehículos en su capacidad de transporte de 80 pasajeros, inferior al que conformaba la Flota Referente -80 vehículos-, situación que se prolongó hasta el 14 de abril de 2006.*

13.- *Como se mencionó en el hecho anterior, el 14 de abril de 2006 empezó a operar el 100% de la Flota Básica de operación o Flota Referente, **gracias a que se superó el incumplimiento del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A.** (incumplimiento relativo a que el Portal Sur no se había puesto al servicio del público) **y se dio inicio a la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en el Portal Sur.***

14.- *Conforme a lo anterior, TRANSMILENIO S.A. incumplió el Contrato al no permitir la operación de 80 vehículos alimentadores en la Zona Sur, cuya concesión fue adjudicada a SI 03 S.A., situación que, en abierto y claro desconocimiento de las normas contractuales, impidió que el Concesionario obtuviera la remuneración proyectada en la estructuración financiera del acuerdo negocial.*

Está claro que, conforme a la cláusula 39 del Contrato, TRANSMILENIO S.A. estaba en la obligación de poner en operación 80 vehículos para la Zona Sur determinada anteriormente y, por razones que son ajenas a la voluntad del Concesionario, pero sí al incumplimiento de TRANSMILENIO S.A., este último puso en operación un número inferior de vehículos alimentadores al establecido como Flota Referente.

La regla contractual es clara en señalar que, para cubrir las necesidades del servicio en la delimitada Zona Sur de Bogotá, se requerían 80 vehículos alimentadores, y bajo esa regla se presentó la propuesta económica del Contrato, es decir, con la certeza de que operaría, como mínimo ese número de vehículos.

Si bien en el texto del Contrato (Cláusula 1. 1-24 a la que se hará referencia más adelante), existe una previsión relativa a la cantidad de vehículos con la que iniciaría la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

operación del servicio, refiriéndose a una cantidad cualquiera que sea su número, no puede entenderse, bajo ninguna circunstancia, que esa cantidad sea en número inferior a 80 vehículos contratados.

Nos referimos a lo siguiente:

En efecto, la cláusula 115 del Contrato definió la duración de la etapa de operación regular que, para el caso que nos ocupa, es la siguiente:

"CLAUSULA 115. DURACIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR

"Se considerará iniciada la etapa de operación regular, a partir de la fecha que haya sido determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el Concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema TransMilenio, bajo las condiciones técnicas, económicas y operacionales previstas en el presente Contrato" (Negrilla fuera del texto).

Obsérvese que, a partir de la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A., el Concesionario iniciaría la operación de su flota en el Sistema TransMilenio, flota que fue determinada en el mismo Contrato en cantidad de 80 vehículos.

15.- *El inicio de la operación fue anunciado por TRANSMILENIO S.A. a través del oficio 6721 del 24 de septiembre de 2004 (no mediante Acta de Inicio como lo exigía el Contrato), como se vio atrás, y en atención a ello el Concesionario SI 03 S.A. tuvo vinculados y listos para operar los 80 vehículos que correspondían a la Flota Referente que le fue adjudicada y exigida, tal y como se desprende de la lectura del Acta de Liquidación del Contrato donde consta que para marzo de 2005 el demandante tenía vinculados 82 vehículos automotores -buses alimentadores-.*

Es claro que la cláusula 16 del Contrato señaló que sería responsabilidad del Concesionario proveer los vehículos que se requirieran para la atención de los servicios programados para el Sistema:

"CLAUSULA 16. DEFINICIÓN

"Será responsabilidad del CONCESIONARIO, proveer los vehículos que se requieran para la atención de los servicios programados para el sistema, con las características de dotación y tipología que TRANSMILENIO S.A. establezca, según las condiciones en las que se le haya adjudicado la licitación No. 005 de 2003 convocada por TRANSMILENIO S.A., y de acuerdo con las normas vigentes y aplicables.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"Solo se entenderá cumplida la obligación relacionada con el aporte de vehículos a la operación, cuando los mismos respondan de manera precisa a la tipología establecida para su operación dentro del Sistema Transmilenio, con las características que se hayan determinado a través de la licitación pública No. 005 de 2003, y siempre y cuando se haya acreditado el cumplimiento de la obligación relativa a la reposición de flota prevista en el presente contrato".

Esa responsabilidad de vincular la Flota Referente se cumplió por parte del Concesionario, como se indicó, pero, correlativamente, TRANSMILENIO S.A. no cumplió con su obligación de disponer la operación de los 80 vehículos automotores-buses alimentadores- cuyo derecho a operar le fue adjudicado.

16.- *La lectura de la cláusula 1 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, integrada y armonizada con las cláusulas a las que precedentemente se ha aludido, da cuenta de la necesidad de cobertura del servicio de transporte de pasajeros a través de la operación de alimentación:*

"...1(1.24) Fecha de inicio de la operación regular: es la fecha en la cual se incorpora flota del CONCESIONARIO en la operación del Sistema TransMilenio para la prestación efectiva del servicio de transporte público de pasajeros, cualquiera que sea el número de vehículos que conforme la flota que se vincule a la prestación del servicio.

(1.25) Flota: Es el conjunto de vehículos con las características, especificaciones y tipología previstas por el contrato de concesión, requeridos por el Sistema TransMilenio para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros bajo la modalidad terrestre automotor, a través de la operación de la alimentación.

"(1.26) Flota requerida: es el conjunto de vehículos necesario para la atención de la demanda del servicio de alimentación del Sistema TransMilenio, bajo los niveles y estándares operativos determinados por Transmilenio S.A.". (Negrilla fuera del texto)

Obsérvese que el parámetro para determinar el inicio de la operación regular esta dado, únicamente, por la incorporación de la flota del Concesionario a la operación del Sistema, sin disponer en ese momento de una cuantificación de los vehículos que conformarían la Flota, porque de esa cuantificación se encargó más adelante el Contrato, en el clausulado, donde definió el número de vehículos que operarían en cada una de las Zonas Norte, Suba, Calle 80, Américas, Sur y Usme, a lo que se denominó FLOTA BÁSICA REFERENTE DE OPERACIÓN (cláusula 39 ya transcrita)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

que, se repite, para el caso de la Zona Sur adjudicada al Convocante era de 80 vehículos.

17.- El Contrato de Concesión No. 449 de 2003, establece en el Título 2., numeral 2.1.5, como uno de sus principios y objetivos, el de **costeabilidad**, dentro del cual se incluye la rentabilidad para los operadores del Sistema TransMilenio, así:

"(...)

"2.1.5 Costeabilidad: accesible para los usuarios, **rentable para los operadores privados** y financiable para el Estado." (negrilla fuera del texto)

18.- En las cláusulas 6 y 8 se establecieron cuáles serían los ingresos del Concesionario SI 03 S.A. y cuáles los de TRANSMILENIO S.A.:

"... DERECHOS DEL CONCESIONARIO

"La concesión de la explotación económica de la actividad de transporte mediante la operación de alimentación del Sistema TransMilenio, confiere al CONCESIONARIO, sin que implique exclusividad alguna, los siguientes derechos:

"6.1 El derecho a ser el titular de los servicios de transporte para la alimentación del Sistema TransMilenio en general, y en particular de los que se establezcan y desarrollen dentro de la Zona de Alimentación que le sea asignada con carácter preferente.

"6.2 El derecho a la explotación económica de la actividad de transporte de pasajeros dentro de los servicios alimentadores del Sistema TransMilenio, a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos producidos por la prestación del servicio.

"...

"6.5 El derecho a recibir y disponer libremente de los ingresos y participaciones que obtenga como resultado de la operación de la alimentación en los términos y condiciones previstos en el presente contrato de concesión.

"6.6 El derecho a recibir cualquier otra prestación económica que en su favor establezca el presente contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"6.7 El derecho a disfrutar sin perturbación alguna, de los derechos que el contrato de concesión le confiere".

"...DERECHOS DE TRANSMILENIO

" ...

"8.3 El derecho a recibir una remuneración de parte del CONCESIONARIO por la concesión que se le otorga dentro del Sistema TransMilenio, conforme a lo previsto en el presente contrato".

19.- La remuneración al concesionario durante la ejecución del contrato y, específicamente para efectos del tema que aquí se debate, durante el período comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, fue por pasajero transportado, conforme a la cláusula 96 del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 (remuneración al operador de la alimentación) y dando aplicación a las fórmulas allí establecidas.

20.- Conforme a la cláusula 98 (98.1) del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, la canasta de costos estaba conformada por los siguientes ítems y en los siguientes porcentajes:

Item	% Peso Rel.
COMBUSTIBLES (%C)	17,3%
SISTEMA NEUMATICO (%N)	5,2%
LUBRICANTES (%L)	1,7%
MANTENIMIENTO (%M)	10,8%
SALARIOS (%S)	29,2%
SERVICIOS DE ESTACION (%E)	2,6%
FIJOS (%F)	33,2%
	100%

Dentro del ítem de costos "FIJOS", en la misma cláusula se explica que éstos comprenden administración, seguros, depreciación y remuneración.

21.- Conforme al Contrato, el término o plazo de la operación regular de la totalidad de la flota referente fue establecido en 10 años a partir de la fecha de inicio de la operación de los vehículos alimentadores; dicho plazo fue recortado de forma equivalente a aquél tiempo en que no operó la totalidad de la Flota Referente, de manera que ello implicó que el tiempo de operación regular, en realidad, no fue de 10 años como se pactó para la totalidad de la Flota, sino que lo fue en un período menor, en la medida en que, en relación con los vehículos a los que inicialmente no se les permitió operar en el Sistema, el plazo debió contabilizarse a partir del 14 de abril de 2006.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Se itera que SI 03 S.A. dejó de percibir importantes sumas de dinero por concepto de prestación del servicio público de transporte de pasajeros en buses alimentadores, en la medida en que no se le permitió –por incumplimiento de TRANSMILENIO S.A.- iniciar la operación con la Flota Referente que le había sido adjudicada (80 vehículos automotores-buses alimentadores-), durante el período comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006.

No podía, en modo alguno, esperar el Concesionario que TRANSMILENIO S.A. incumpliera sus obligaciones y que, se insiste, llegada la fecha de operación en el Sistema y habiéndose obligado contractualmente a disponer de una Flota Referente de 80 vehículos automotores -buses alimentadores- que fueron debidamente vinculados, solamente le permitiera operar 2 o 4 o 10 o 20 vehículos automotores, sin que ello generara efectos adversos a sus finanzas, alteración a la estructura de riesgos y enormes perjuicios dada la inversión realizada y las perspectivas económicas de utilidad que podía generar la garantía de operar como mínimo la Flota Referente -80 vehículos automotores -e inclusive más vehículos- en el Sistema TransMilenio como se pactó en el Contrato.

Los hechos hasta acá narrados están relacionados con el reconocimiento de una indemnización, dado el perjuicio que las situaciones descritas causaron.

Efectuada la reclamación a TRANSMILENIO S.A. sobre estos hechos, en la etapa de arreglo directo, fue desechada la petición del Concesionario, con el argumento, según el cual, tal como consta en "ACTA DE ARREGLO DIRECTO" del 10 de diciembre de 2014, se había operado inicialmente en régimen de excepción porque no existía la flota completa para la fecha de entrada en operación y ello permitía operar con un número menor a 80 vehículos.

Lo anterior no se ajusta a la realidad pues, de una parte, a la fecha de inicio de la operación el Concesionario -26 de marzo de 2005- disponía de 82 vehículos vinculados para la prestación del servicio, a más de que, de otra parte, y que es lo determinante para el argumento que aquí se expone, es que a la luz del Contrato, en lo único en que repercutía la situación excepcional era en que i) se permitía operar con vehículos usados (la exigencia era operar con vehículos -buses- nuevos), ii) que podrían ser arrendados o, en general, no pertenecer al Concesionario (cuando la exigencia era que fueran de propiedad del Concesionario) y, iii) que la remuneración, por tratarse de vehículos -buses- usados, se establecería conforme a las disposiciones de la cláusula 99 del Contrato.

En absoluto, por parte alguna del Contrato, se pactó que la excepcionalidad tuviese efectos sobre el número de vehículos al que tenía derecho a operar el Concesionario en virtud de la adjudicación de la Zona Sur (80 vehículos). Un criterio o una interpretación en contrario resulta totalmente opuesto a la lógica más elemental, máxime, cuando bajo

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

la situación de excepción lo que se flexibilizaba eran las condiciones respecto de las características de los vehículos, definidas en el Contrato.

Si se hubiese pensado en que el Concesionario podía correr el riesgo de operar con un número menor de vehículos a los que conforme a la adjudicación tenía derecho -gracias a la situación excepcional- no se justificaría la permisión consistente en que éste vinculara vehículos -buses alimentadores- que no fueran de su propiedad (arrendados) o vehículos -buses alimentadores- usados, pues bastaría con que, teniendo un solo vehículo -bus alimentador- con las condiciones exigidas en el Contrato para la operación regular, iniciara la operación.

Lógicamente, el Contrato quiso liberar al Concesionario del cumplimiento estricto de las condiciones que debían reunir los vehículos -buses alimentadores- en caso de presentarse una situación de excepción (como ocurrió), pero ello no hace relación al número de vehículos proyectado, requerido y exigido por la misma empresa TRANSMILENIO S.A. porque, indudablemente, al adjudicarse el Contrato se consideró que se requería de esa cantidad para satisfacer -no afectar- la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, por ello exigió al Concesionario que en cualquier caso (operación normal o excepcional) estuviera en capacidad de suministrar el número de vehículos exigido. No menos, pero sí más, esta última era una expectativa, o si se quiere, un riesgo para el Concesionario, es decir, que se le exigiera suministrar más vehículos de los determinados como Flota Básica Referente, dicho de otra manera, su expectativa o álea no era que TRANSMILENIO S.A. sólo le permitiera operar 6 u 8 o 10 vehículos, no, porque era claro que tenía el derecho de operar 80 vehículos, su expectativa o álea era que éste le exigiera 150 o 200 o 300 vehículos con las consecuencias que la no satisfacción de tal exigencia, o el incumplimiento, le acarrearían.

*Se relieves de nuevo, que la situación de excepción dice relación **con las características establecidas para los vehículos**, más nunca con la posibilidad de requerir un menor número de ellos.*

Se insiste, si la posibilidad hubiese sido disminuir el número de Flota Referente Básica, simplemente entrarían a operar los vehículos -buses alimentadores- (en cualquier número) que cumplieran con las exigencias del Contrato, pero ello no es así a la luz del Contrato de Concesión, lo que establece éste, coherentemente con la teleología del mismo es que, en situación de excepción, operaría la Flota Básica Referente a pesar de que los vehículos -buses alimentadores- no cumplieran con los requerimientos del Contrato referido a que, de ordinario, o de manera regular, debían ser nuevos y de propiedad del Concesionario, siendo ésta una forma de facilitar la puesta en servicio de vehículos -buses alimentadores- para favorecer a los usuarios del Sistema.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

No es, en modo alguno, lógico sostener que para iniciar la operación se le permita al Concesionario arrendar buses alimentadores o disponer de vehículos usados para completar la Flota Básica Referente y, luego de vinculada la Flota exigida en el Contrato e impartida la orden de inicio de operación, por parte de TRANSMILENIO S.A., se le impida al Concesionario operar los 80 vehículos, bajo la justificación de encontrarse en estado de excepción, cuando, además, resulta ser un indicio concluyente que los incumplimientos en las obras del Portal Sur fueron determinantes para que los vehículos -buses alimentadores- no pudieran operar por falta de infraestructura, debiendo permanecer parqueados y, en cambio sí, una vez puesto al servicio el mencionado Portal Sur, la totalidad de la Flota Referente entró en operación e incluso más vehículos fueron exigidos al Contratista.

22.- *La remuneración que correspondía percibir al concesionario por el número de vehículos automotores (Flota Referente) que no operó, era la establecida en la cláusula 99 del contrato ("**REMUNERACIÓN BAJO SITUACIONES DE EXCEPCIÓN**") conforme a la cual, cuando quiera que se presente una situación de excepción en la operación, ésta (la remuneración) se reduce, conforme a la fórmula allí establecida, en un 8%, porcentaje que dentro de la canasta de costos remuneraba los costos de inversión bajo el siguiente desarrollo:*

Como se vio en el hecho 20 de esta demanda, el 100% de la canasta de costos está conformada por costos variables y costos fijos. A los costos fijos dentro de los que se encuentran, entre otros, los costos de capital les fue asignado un peso del 33,2% en la canasta de costos.

Bajo situación de excepción se prevé que a la tarifa se le aplique un factor de descuento de 0.92 que aplicado a la fórmula establecida en el contrato se traduce en la disminución de la remuneración a un 92%, hallándose como diferencia un 8 %, porcentaje este último que debe aplicarse a los costos fijos así: $33,2\% - 8\% = 25,2\%$. El descuento del 8% se efectúa en atención a que, tratándose de operación en estados de excepción, no se remuneran costos de capital y es así como el 25,2% remuneran al operador los costos fijos, descontados los costos de capital.

No.	Mes	Ingreso dejado de percibir	Factor Actualización (\$mar 2017)	Pérdidas (\$mar 2018)
1	mar-05	0,0	1,71329	0
2	abr-05	8.717.220,4	1,70581	14.869.893
3	may-05	82.793.107,9	1,69888	140.655.371
4	jun-05	67.756.411,3	1,69209	114.650.136
5	jul-05	67.388.733,3	1,69127	113.972.524
6	ago-05	74.181.789,8	1,69124	125.459.484

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

7	sep-05	79.912.648,9	1,68404	134.576.033
8	oct-05	97.031.779,7	1,68017	163.030.218
9	nov-05	91.794.941,1	1,67825	154.055.318
10	dic-05	84.231.964,1	1,67711	141.266.438
11	ene-06	64.240.958,7	1,66808	107.159.001
12	feb-06	62.662.830,9	1,65718	103.843.568
13	mar-06	71.270.110,7	1,64562	117.283.651
14	abr-06	26.644.045,3	1,63829	43.650.571
Total		878.626.542		1.474.472.205

La tabla que se introduce a continuación refleja la remuneración que debió percibir el Concesionario por concepto de los vehículos -buses alimentadores- que no operaron por el período comprendido entre el mes de marzo de 2005 y el mes de abril de 2006, así:

23.- Las circunstancias narradas en los hechos antes descritos ocurrieron durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, y sobre ellas se generaron las respectivas reclamaciones ante TRANSMILENIO S.A., sin que tuvieran éxito.

En efecto, mediante escrito presentado el 11 de agosto de 2014, el Concesionario SI 03 S.A., entre otras, **formuló reclamación formal** por los hechos que consideró configuraron incumplimiento del contrato, por concepto de falta de operación de la Flota Básica o Referente.

Sobre tales situaciones, tal y como consta en el Acta de Liquidación y en el expediente administrativo del Contrato, se formularon, por parte de SI 03 S.A. a la empresa TRANSMILENIO S.A., las reclamaciones correspondientes, las cuales fueron tramitadas bajo el procedimiento administrativo previsto en el Contrato como arreglo directo y, sobre la vigencia de esas inconformidades, dadas las decisiones que al respecto se adoptaron, se dejó constancia que aparece consignada en el Acta de Liquidación a folio 39, así:

"2. VERIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

"...

"2.14 PROCESOS DE ARREGLO DIRECTO (...)

No. de proceso		Abogado sustanciador	Amparo Alvis Pedreros
Contrato No.	449 de 2003	Concesionario	SI 03 S.A.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Proceso sancionatorio		Arreglo directo	X
Descripción		RECLAMACIÓN EN RELACIÓN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO	

Fecha de inicio		27 de noviembre de 2014	Radicado inicio de proceso	
Audiencia 1	Fecha	27-11-2014	Descripción	Primera reunión arreglo directo. Se solicita suspensión para revisar los argumentos adicionales del operador y se fija fecha para continuación de la reunión para el 10 de diciembre de 2014
Audiencia 2	Fecha	10-12-2014	Descripción	Se lleva a cabo la reunión en donde se le expone al operador la posición de Transmilenio S.A., señalando que no procede la reclamación y en ese sentido se declara fallida la etapa de arreglo directo.
Audiencia 3	Fecha		Descripción	
Actividades a desarrollar			SE ENTIENDE FINALIZADA LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO ENTENDIÉNDOSE FALLIDA DICHA ETAPA.	

A continuación, también se dejó constancia de otros procesos judiciales o controversias que, como ocurre con las reclamaciones del Concesionario SI 03 S.A., se prevé su sometimiento a decisión judicial, así como otras que podrían sobrevenir por parte de terceros, así:

"2.15. PROCESOS JUDICIALES

"A la fecha de suscripción de la presente acta, figuran procesos judiciales en curso; no obstante, podrían sobrevenir reclamaciones o proceso futuros, siendo los siguientes:

"..."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Entonces está claro que, cuando las partes convinieron en liquidar bilateralmente el Contrato, plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 y que, en oportunidad anterior a la liquidación, fueron objeto de reclamación por parte del Concesionario ante la empresa TRANSMILENIO S.A.. De allí la razón por la que, el cuadro con la información referente a ese tema aparece en el texto del Acta de Liquidación como uno de aquéllos, materia de futuros litigios o controversia judiciales.

Más adelante, y por ser un tema que surgió al finalizar el Contrato, en el Acta de Liquidación se consignó, igualmente, como objeto de discrepancia, el tema relativo a la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- y, frente a ello, resultó necesario efectuar una nueva reclamación o salvedad en la que se dispuso de un acápite completo para que allí se pudieran esgrimir las razones del disenso, pues era esa la única oportunidad para dárselas a conocer a TRANSMILENIO S.A., en la medida en que no existió una etapa anterior, destinada a tal fin, como sí ocurrió, entre otras, con las reclamaciones relativas al incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 por concepto de falta de operación de la Flota Básica o Referente.

2.3. Excepciones de Mérito formuladas por la Parte Convocada a la Demanda Reformada.

En el escrito de contestación de la demanda, la parte convocada propuso como excepciones

Contestación Demanda Proceso 5406:

- 1.- En el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en la prestación de los mismos.
 - 2.- Los bienes de la concesión fueron amortizados contra la tarifa, y por tanto procede legalmente su reversión a TRANSMILENIO S.A., como quedo consignado en el Acta de Liquidación
 - 3.- En la celebración del Acta de Liquidación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 TRANSMILENIO S.A. no incurrió en fuerza o dolo que pueda invalidarla
 - 4.- Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales 9., 10. y 11.; y primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11. de la reforma de la demanda
 - 5.- Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación
 - 6.- Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor pretendido
-

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

por los vehículos objeto de reversión

7.- La sociedad SI 03 S.A. a la fecha no ha realizado la tradición a TRANSMILENIO S.A. de setenta y cuatro (74) buses alimentadores

Contestación Demanda Proceso 5407:

1. Inexistencia de los presupuestos para declarar el desequilibrio económico del Contrato de Concesión No. 449 de 2003
2. Extemporaneidad de la pretensión de declaratoria del desequilibrio económico del Contrato de Concesión No. 003 de 2010
3. Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación
4. Improcedencia de reclamo en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 449 de 2015
5. Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales a. y b. del numeral 1., primera pretensión subsidiaria a la pretensión 1.i, pretensión principal a. del numeral 2, y primera pretensión subsidiaria la pretensión 2.g de la reforma de la demanda
6. Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor de las sumas pretendidas (i) por el no restablecimiento económico del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 y (ii) por el incumplimiento del Contrato por la no operación de la totalidad de la flota básica o referente entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006
7. El concesionario SI 03 S.A. no incorporó toda la flota referente el 26 de marzo de 2005 y en consecuencia la indemnización de perjuicios solicitada es improcedente
8. El inicio de la operación regular en el Contrato de Concesión no requiere ni exige la incorporación de la totalidad de la flota referente del concesionario
9. Excepción genérica

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, GENERADO POR LA REVERSIÓN DE BIENES NO SUJETOS A ÉSTA (5406)

A continuación procede el Tribunal a exponer las consideraciones en relación con cada una de las pretensiones contenidas en la demanda acumulada 5407 de la Sociedad SI 03 S.A contra LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A en el mismo orden que son presentadas por el accionante, así:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

A. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

- 1. DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.**

A folios 11 a 196 del cuaderno de pruebas 1 y 184, 185 y 186 del cuaderno de pruebas 7 del expediente arbitral, el Tribunal encuentra se aportó por la accionante copia del contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003 el cual efectivamente se encuentra suscrito entre las partes. Por otra parte cabe resaltar como a lo largo del trámite arbitral la existencia y valides del contrato en mención nunca fue motivo de discusión entre las partes en conflicto.

- 2. DECLÁRESE que el Contrato No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.- y la sociedad SI 03 S.A., es un Contrato de Concesión para la prestación de un servicio público, específicamente, un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia.**

Naturaleza del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

Observa el Tribunal que las partes aunque han considerado que el contrato de concesión 449 de 2003 está enmarcado dentro de la tipología de prestación de servicios que establece la ley 80 de 1993, han presentado diferencias en cuanto a la procedencia per se de la cláusula de reversión, aunque ésta no haya sido pactada en esta sub especie del contrato.

Es así como la Convocante sociedad SI 03 S.A a folios 118 a 132 del cuaderno principal 2, en la Reforma a la Demanda, expresa:

*"Como se ha dicho, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.- al finalizar el contrato, **exigió** al Concesionario SI 03 S.A: la entrega de la totalidad de los vehículos automotores – buses alimentadores- que integraban la Flota en operación de este último, argumentando que sobre dichos bienes operaba la reversión, razón por la cual, el 26 de marzo de 2015, dando cumplimiento a lo previsto por el artículo 5º numeral 2o. De la ley 80 de 1993 a cuyos términos, los contratistas **"... acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas [las entidades] le simpartan..."**,*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

tales vehículos)119 vehículos automotores – buses alimentadores-= fueron transferidos por la sociedad SI 03 a TRANSMILENIO S.A, como consta a folio 59 del Acta de Liquidación.

(...)

Los planteamientos esgrimidos por TRANSMILNEIO S.A., para exigir la reversión de los vehículos automotores – buses alimentadores- del operador SI 03. S.A., no son de recibo ni se compadecen con la naturaleza jurídica del fenómeno aludido, además de resultar extraños a las previsiones del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por las siguientes razones:

(...)

*Así, conforme a la ley (artículo 32 numeral 4 de la ley 80 de 1993), existen concesiones relativas a la prestación de un **servicio público** que resultan diferentes a las concesiones de construcción, explotación o conservación de obra pública y, a su turno, estas dos últimas difieren, también, de las concesiones de bienes del Estado.*

(...)

La Ley 80 de 1993 norma que, sin hesitación alguna, como ya se dijo, resulta aplicable al régimen del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, definió el contrato de concesión en el numeral 4o. del artículo 32, así:

"Artículo 32: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

"...

"4o. Contrato de Concesión.

"Son contratos de concesión los que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

En relación con las modalidades de concesión previstas en la Ley, a términos de la norma transcrita, el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en sentencia del 18 de enero de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 14396, expresó:

“...

“En relación con (i) la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, según se expuso, dicho objeto puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público o a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal; la primera modalidad en referencia, esto es, la concesión de servicio público tiene lugar cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; la segunda, la concesión de obra pública es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la Ley 105 de 1993, cuyo artículo 30, al disciplinar la concesión de obra pública, previó que ‘... [B]ajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno al capital invertido’; se ha señalado que el elemento diferencial de este contrato ‘... no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública’.

“Y la tercera modalidad de concesión en referencia, la concesión de bien público tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público —sea fiscal o de uso público—, comoquiera que puede ‘ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión..."
(Negrillas fuera del texto)

Del aparte transcrito se desprende, con toda claridad, que son tres las modalidades que tipifica la ley en relación con el contrato de concesión, a saber, i) prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; ii) construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra pública; iii) explotación de bienes destinados al servicio o uso público.

(...)

Conforme al objeto del Contrato No. 449 de 2003 celebrado entre TRANSMILENIO S.A. y SI 03 S.A, la modalidad del Contrato de Concesión corresponde a la primera de las antes mencionadas, es decir, a la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público.

(...)

No debe olvidarse que, a términos, de la primera de las normas transcritas (artículo 14.), la reversión tiene naturaleza de cláusula excepcional y que, conforme al artículo 13 del mismo Estatuto, los contratos Estatales se rigen "...por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...", siendo, precisamente, este tema –el relativo a la inclusión, con carácter obligatorio, de la cláusula de reversión en los contratos de concesión cuya modalidad es la explotación de bienes estatales– una de las materias específicas o particularmente reguladas por dicho Estatuto (artículos 13., 14. y 19), de manera que no resulta jurídicamente procedente, sin violar la ley, pretender incorporar la figura de la reversión al Contrato No. 449 de 2003, cuando, como se insiste, éste no responde a la modalidad contractual respecto de la cual sí previó la ley, su aplicación (explotación o concesión de bienes estatales).

De la lectura de las normas transcritas se colige que la cláusula de reversión debe, obligatoriamente, incluirse en los contratos de explotación o concesión de bienes de estatales y que, de no hacerse, es decir, de no pactarse expresamente, se entiende pactada, lo que significa, para el caso que nos ocupa, que ni la ley 80 de 1993, ni ninguna otra norma legal, disponen sobre la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión ni sobre la presunción de hallarse pactada, en tratándose de contratos de concesión cuya modalidad sea diferente a la de explotación o concesión de bienes estatales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

(...)

Lo anterior no implica que las partes no puedan libremente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactar la cláusula de reversión en contratos de concesión de modalidad distinta a la de bienes estatales, conforme lo prevén los artículos 13. (transcrito en lo pertinente) y 40. del Estatuto Contractual que a letra dispone:

"ARTÍCULO 40.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración" (Negrilla fuera del texto).

Así, atendiendo a la modalidad del contrato de concesión suscrito entre el Concesionario SI 03 S.A. y TRANSMILENIO S.A. no resultaba jurídicamente procedente exigir, como lo hizo TRANSMILENIO S.A., la reversión de 119 vehículos automotores- buses alimentadores- que, atendiendo a las exigencias de éste, fueron efectivamente revertidos, sin tener en cuenta, de una parte, que se trataba de un contrato de concesión de un servicio público y no de un contrato para la explotación o concesión de bienes estatales y que, por tanto, no se podía considerar incorporada al contrato dicha prerrogativa al tenor de lo dispuesto por el artículo 14. de la Ley 80 de 1993, y, de otra parte, no podía TRANSMILENIO S.A. desconocer que, sobre el ejercicio de la reversión, no se pactó expresamente cláusula alguna que le permitiera revertir los bienes, vehículos automotores-buses alimentadores- del concesionario, una vez vencido el término contractual, como se desprende de la simple lectura del clausulado del Contrato.

(...)

A más de lo anterior, se debe resaltar también que, en tratándose de la figura de la reversión, existe un elemento normativo relativo a la destinación de los bienes del contratista, frente a lo cual señala la Ley que operará la reversión respecto de los elementos o bienes de propiedad del concesionario que se encuentren directamente afectos a la concesión y se requieran para lograr la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

00301

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

continuidad de la prestación del servicio público a cargo del Estado y antes concesionado.

Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, expresamente, se lee lo siguiente:

"En tratándose de la reversión sin compensación la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de domino del particular. Por tanto, se considera que la reversión 'comprenderá' exclusivamente los bienes 'necesarios' para la prestación del servicio público, en tanto esa ejecución lo exija, y, en caso de duda sobre ese extremo concreto, sobre esa determinada situación de hecho, la interpretación deberá ser siempre en favor del concesionario, es decir, en favor de su derecho de propiedad, que no habrá de perder, sin ser adecuadamente indemnizado" (Negritas fuera de texto).

Conforme a la exposición de motivos de la Ley, exige la norma que los bienes objeto de reversión sean requeridos y resulten necesarios para la continuidad de la prestación del servicio antes concesionado y ahora a cargo de la Entidad pública. Lo anterior, trasladado al caso concreto del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 celebrado entre SI 03 S.A. y TRANSMILENIO S.A., nos permite afirmar que no sólo no operaba la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores propiedad del contratista, por mandato legal, sino que, además, éstos no resultaban necesarios para la contratante (TRANSMILENIO S.A.) respecto de la prestación del servicio público de transporte, como se desprende de la lectura de las siguientes cláusulas pactadas en el Contrato:

"CLAUSULA 34. EXCLUSIÓN DE VEHÍCULOS

"...

"Una vez cumplida la vida útil de novecientos mil (900.000) kilómetros por bus alimentador, el vehículo será desvinculado por TRANSMILENIO S.A., y el concesionario deberá retirarlo del servicio público de transporte en Bogotá D.C. y proceder a su desintegración física.

"Los buses que no hayan vencido su vida útil a la terminación del contrato, podrán ser transados por el concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores del Sistema TransMilenio de Bogotá, que requieran de tal flota para el desarrollo de su actividad" (Negritas fuera del texto).

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Conforme a lo anterior, resulta evidente que las partes pactaron en el Contrato de Concesión No. 449 de 2003 que los vehículos automotores –buses alimentadores-, no serían objeto de reversión a favor de TRANSMILENIO S.A., sino que su destinación sería i) en caso de completar su vida útil -prevista en el contrato-, retirados del Sistema TransMilenio y desintegrados físicamente (no revertidos) o ii) en caso de contar aún con vida útil a la terminación del contrato, vendidos a otros alimentadores del sistema que los requirieran para el desarrollo de su actividad (no revertidos).

Se resalta entonces que la destinación final de los vehículos, a términos del clausulado del Contrato, es decir, según lo acordaron las partes en pleno ejercicio de la autonomía de sus voluntades, en forma alguna previó situaciones que se identifiquen con la figura de la reversión, todo lo contrario, bajo el primero de los supuesto (agotamiento de la vida útil), lo pertinente era desvincularlos del Sistema TransMilenio y retirarlos del servicio público de transporte en Bogotá D.C., bajo el segundo supuesto (terminación del contrato en caso de contar los vehículos aún con vida útil), podía el Concesionario, precisamente por conservar la propiedad sobre ellos, venderlos o transarlos a otros operadores del Sistema, pero en ningún caso, se itera, se pactó que fueran revertidos a TRANSMILENIO S.A". (Cursiva fuera de texto original).

Por su parte, Transmilenio S.A. al contestar la demanda reformada, a folios 271 a 276 del Cuaderno principal 2, cuando propuso la excepción denominada **"1. En el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en la prestación de los mismos"**, expresó su posición sobre el tema así:

"En el Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003, celebrado entre TRANSMILENIO S.A. y la sociedad SI 03 S.A. las partes no acordaron un mecanismo de reversión de los bienes utilizados para la explotación del servicio público concesionado, a la terminación del Contrato.

Ante este vacío contractual, el primer punto a resolver es sí, como lo sostuvo la hoy convocada, en dicha Acta de Liquidación era forzosa incorporar la reversión de los vehículos, o si, como en contrario lo propugnó la concesionaria SI 03 S.A. en el mismo documento, la reversión resultaba improcedente.

Dilucidar el punto anterior conduce, en primer lugar, a verificar cuál ha sido la tesis que sobre este punto ha sentado la jurisdicción administrativa.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Al respecto resulta de la mayor relevancia acudir a una muy reciente sentencia de primera instancia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso de controversia contractual de fecha 15 de febrero de 2018,¹ en la cual se consignaron unos muy importantes lineamientos en orden a definir este tipo de controversias.

Sin embargo, la sentencia a que se alude, por provenir de la jurisdicción administrativa, juez natural de las controversias de esta naturaleza, señala un derrotero cuyas premisas y conclusiones deben atenderse, pues obliga a una reconsideración de lo hasta ahora resuelto.

Pues bien, ¿Qué razonó y concluyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca? El conflicto suscitado entre las partes en dicho proceso guarda una similitud fáctica con los extremos que ahora ocupan la atención de este Tribunal Arbitral. Se trata de un contrato estatal en virtud del cual la entidad administrativa dio en concesión a ATESA el servicio público de explotación del servicio de recolección, barrido y limpieza y otras actividades en un área determinada de Bogotá.

Ejecutado que fue el contrato, ante la imposibilidad de liquidar el contrato de mutuo acuerdo la contratante lo liquidó unilateralmente, ordenando entre otras disposiciones, la reversión de los bienes en las condiciones y términos allí estipulados. Inconforme ATESA con lo resuelto por la entidad pública, promovió el proceso contractual ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo extremo principal de debate fue el de la legalidad de la reversión de los equipos con los cuales se había prestado el servicio público concesionado.

Adentrado el Tribunal en este aspecto del litigio, sentó los siguientes razonamientos, luego de estudiar los artículos 32, 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y las jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.² Es pertinente citar los siguientes apartes de la providencia en mención:

"Conforme lo expuesto, no cabe duda que con independencia de la clase de contrato de concesión que se celebre –servicio, obra o bien público-, el

¹ Colombia, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, Magistrada Ponente Bertha Lucy Ceballos Posada, Radicación No. 25000 23 36 000 2014 00344 00, Demandante: ASEO TECNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. – ATESA, Demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PUBLICOS.

² *Ibidem.*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

*concesionario tiene la obligación de revertir **todos** los bienes y/o elementos afectados con la prestación del servicio, aun cuando las partes no lo hayan dispuesto expresamente en la relación contractual o incluso, hubiesen realizado una manifestación contraria en la etapa precontractual o rendido conceptos en ese sentido, por lo que debe omitirse cualquier interpretación cuando el sentido del legislador es claro (9)*

(...)

Adicionalmente, la sala considera que no revertir los bienes afectados en la prestación del servicio constituye un detrimento patrimonial para la entidad estatal y un enriquecimiento sin causa para el concesionario cuando éste no sólo recibió la remuneración por el servicio prestado con base en el porcentaje de las tarifas recaudadas y que incluía todos los costos en que incurriera para cumplir el objeto contractual, sino también al apropiarse de unos elementos adquiridos con recurso públicos.

Situación distinta podría ser si el concesionario hubiese adquirido equipos sin ocasión de la licitación pública 001 de 2002 o se tratara de bienes que dispuso para comenzar la ejecución del proyecto, tal como se evidencia en las comunicaciones remitidas a la entidad el 27 de agosto, 11 y 19 de septiembre de 2003 (...) y que simplemente la Unidad los incluyó en el acta de liquidación unilateral, lo cual no está en discusión, pues Atesa cuestionó la inexistencia de la obligación de la reversión de vehículos.

Entonces, la ley, la jurisprudencia constitucional desde 1996 y el contrato, no permiten discutir este aspecto.

Por lo anterior, no prospera el cargo de nulidad por violación de las normas superiores en que debería fundarse, falsa motivación e inexistencia de motivos”.

Como puede observarse, el Tribunal resolvió el tema que ahora se trata, y consideró, sin que puedan admitirse dudas, que la reversión de los bienes con los cuales se prestó el servicio público opera, per se, en todos los contratos de concesión, sean estos de construcción de una obra, de explotación económica de un bien o de un servicio público.

La premisa fundamental que alienta esta conclusión judicial es la preservación de los recursos públicos, que sufrirían, como lo señala el Tribunal citado, un grave detrimento si se permitiera que los bienes concesionados no retornaran al patrimonio de la entidad estatal.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

*Un aspecto de importancia, que no puede ser soslayado ahora, es que la tesis en que apoya el Tribunal Administrativo de Cundinamarca su conclusión respecto de que la reversión de bienes opera en **todos los contratos de concesión**, implica reconsiderar planteamientos anteriores que habían concluido en sentido contrario, desde luego que envuelve, de un lado, una nueva exégesis de las normas legales y constitucionales que regulan el contrato estatal de concesión, y de otro, una nueva forma de apreciar las jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que hasta el presente, y con una óptica diferente, habían conducido a conclusiones contrarias.*

Sentado lo anterior, y descendiendo al litigio que ahora ocupa la atención de este proceso arbitral, es claro que el silencio que guardaron las partes en torno a la reversión de los bienes concesionados, no puede, bajo argumento alguno, descifrarse con el antiguo entendimiento de las normas legales que regulan la figura, o sea, en el sentido de aseverar que la reversión solo opera, por ministerio de la ley, en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, y, de consiguiente, que se excluye, salvo pacto expreso en contrario, de las restantes concesiones, en especial de las atinentes a la explotación de servicios públicos.

No. El nuevo derrotero judicial conduce a la aseveración contraria: la reversión de los bienes concesionados es de la esencia de los contratos de concesión y por tanto, como lo estatuye el artículo 1501 del Código Civil, se incorpora en ellos implícitamente, lo que equivale a decir que así no se pacte entre las partes, legalmente se entiende estipulado.

Como al inicio de la presente excepción se explicó, en el contrato de concesión de servicios públicos suscrito entre las partes que contienden en este asunto, no se pactó de forma expresa sobre la reversión de los vehículos y sus condiciones. Así las cosas, y en aplicación rigurosa del sentido de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tantas veces aludido, es obligado afirmar que, así las partes no hayan alcanzado una convención al respecto, la reversión de dichos bienes, por tratarse de un contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos, es de su esencia, y por tanto, debe entenderse incorporado, por perentorio mandato legal.

Y si ello es así, mal pueden abrirse camino las pretensiones de la demanda ordenadas a la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Concesión, y sus consecuencias de condena.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

TRANSMILENIO S.A. no ha incumplido ninguna obligación contractual porque a su cargo no estuvo, -ni ahora está, como se pretende por virtud de la demanda que contesto-, obligada a reconocer valor pecuniario alguno por recibir la propiedad de unos bienes -vehículos alimentadores- que legalmente le correspondían. Es de advertir, que TRANSMILENIO S.A. solo es propietaria de cuarenta y cuatro (44) vehículos de los ciento diecinueve (119) objeto de reversión.

El obrar de una parte en armonía con las disposiciones contractuales y con la ley, jamás puede convertirse en fuente de resarcimiento, como lo quiere la parte demandante.

Ante la anterior discrepancia, el Tribunal se plantea la necesidad de determinar si el contrato de concesión No. 449 de 2003, tenía la connotación de contrato de concesión de servicios públicos o la de concesión para explotación de bienes del estado, para así establecer la procedencia o no de la cláusula de reversión.

De conformidad con la Jurisprudencia que ha abordado, las diferencias entre las dos tipologías señaladas, encontramos que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 711 de 1996 precisó que cuando estamos frente a una concesión para la prestación de servicios públicos, lo que se busca es la organización y prestación del servicio público, y en consecuencia, la naturaleza de este tipo de contratos implica "autorizar a un particular para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado". Lo anterior en el entendido que, tal y como lo ha señalado la doctrina³, en esta tipología de concesiones se otorga "una persona la facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración".

Por su parte, el Consejo de Estado al referirse a la concesión de servicios públicos en el Concepto No. 1.299 del 12 de octubre de 2000, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Luis Camilo Osorio, manifestó que es un modo de gestión de un servicio, en el que el ente público encarga al concesionario a través del contrato suscrito, un servicio público, por un tiempo determinado, quien a su vez asume las cargas a través del derecho a obtener una remuneración.

Ahora bien, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo al referirse a lo que se constituye el objeto de la concesión de bienes públicos, en la sentencia 14.390 del 18

³ Esta es la tesis de los denominadas "publicistas" franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jéze.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

de marzo de 2010, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, indicó que: *"La explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien de dominio público -sea fiscal o de uso público - como quiera que puede ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión."*

En lo que respecta al caso que nos ocupa, el Tribunal formula las siguientes precisiones en el texto del contrato de concesión No. 449 de 2003:

De conformidad con la cláusula 2 del contrato de Concesión No. 449 de 2003 (ver folio 31 del cuaderno de pruebas 1), el objeto del acuerdo de voluntades referenciado fue el siguiente:

"CLÁUSULA 2. EL presente contrato tiene por objeto otorgar en concesión no exclusiva, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que sean previstas en el contrato respectivo, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema TransMilenio dentro de la siguiente zona de alimentación [zona sur], delimitada según las Unidades de Planeación Zonal [UPZ]:

Como se denota en el aparte transcrito, el objeto contractual se refiere a la explotación económica de un servicio público, esto es, el de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, otorgando al concesionario el permiso de operación sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema Transmilenio en la zona 6, zona sur.

En ese entendido, desde la cláusula 2 del contrato se observa que el mismo tiene por objeto la concesión de un servicio público y no la concesión para la explotación de bienes públicos en razón a que el contratista no tiene dentro de su objeto la función de encargarse del manejo de los bienes de los que es titular el Distrito Capital; la actividad principal que se desprende del objeto contractual implica la operación para prestar el servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros⁴, y no

⁴ Ley 105 de 1993, numeral 2 del artículo 3: "DEL CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE: La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

menos importante, al contratista expresamente se le está otorgando el permiso de uso de la infraestructura, siendo esta una consecuencia necesaria y directa de la concesión del servicio público de transporte, sin que pueda entenderse que esta autorización constituye una concesión en sí misma dado que los buses alimentadores utilizan las vías públicas para transitar sin ningún tipo de exclusividad y sin la posibilidad de cobrar a terceros que usen las vías por las que circulan; por el contrario, dichas vías son compartidas en su uso con otros automotores y en tal sentido, no existe forma de concluir que al concesionario del contrato 449 de 2003 se le haya entregado la construcción, explotación o concesión total o parcial de una obra o bien.

Ahora bien, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de concesión 449 de 2003 antes indicada es aceptada y confesada por la Apoderada de la Convocada Transmilenio S.A, quien en el escrito de contestación a la demanda reformada, manifiesta que NO se opone a la pretensiones 1 y 2 de la demanda en razón a que "efectivamente entre las partes se celebró el Contrato de Concesión No. 449 de 12 de diciembre de 2003, para la prestación de un servicio público para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos especiales consignados en su objeto". (Subrayado y cursiva fuera de texto original. Ver folio 255 del cuaderno principal 2).

De lo expuesto el Tribunal concluye que la concesión otorgada en el contrato No. 449 de 2003 corresponde a la prestación de un servicio público y no a la clase de explotación de bienes públicos, así como que la misma no le fue otorgada de manera exclusiva a la convocante, porque así se desprende del objeto del mismo contrato.

Con motivo de ocuparse de las siguientes pretensiones, el Tribunal entrara a analizar las implicaciones legales de las anteriores conclusiones frente al fenómeno de la reversión.

3. LA REVERSIÓN. La Convocante sociedad SI 03 S.A. en las pretensiones 3 a 8 de su demanda reformada, solicitó que se declarara lo siguiente:

"3.- DECLÁRESE que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por disposición legal,

del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. (...)".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema TransMilenio S.A. para la prestación del servicio.

4.- DECLÁRESE que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por ausencia de disposición contractual, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema TransMilenio S.A. para la prestación del servicio.

5.- DECLÁRESE que no existió, ni existe, obligación a cargo de SI 03 S.A. y a favor de TRANSMILENIO S.A., de revertir la Flota compuesta por 119 vehículos automotores -buses alimentadores- de propiedad de SI03 S.A., Flota que se hallaba vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

6.- DECLÁRESE que no existe obligación de pago del valor del vehículo automotor -bus alimentador- no revertido (fl. 71 Acta de Liquidación "3.11.6 Reposición de autobús incinerado"), a cargo de SI 03 S.A. y a favor de TRANSMILENIO S.A., por no existir obligación de reversión por parte de SI 03 S.A. a favor de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-

7.- DECLÁRESE que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.- incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, al exigirle a la sociedad SI 03 S.A. la reversión de la flota de vehículos automotores -buses alimentadores- que se encontraba operando al vencimiento del plazo contractual pactado, exigencia que se hizo efectiva el 26 de marzo de 2015, incurriendo en responsabilidad patrimonial.

8.- DECLÁRESE que el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, causó a la Convocante, sociedad SI 03 S.A., daños antijurídicos que generaron a ésta perjuicios de orden material que deben ser indemnizados integralmente".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El Tribunal considera que para poder resolver respecto de las anteriores pretensiones se hace necesario establecer si la denominada "Clausula de Reversión" en los contratos de concesión para la prestación de un servicio público, en este caso el de transporte masivo de pasajeros, a falta de su consagración en el texto del contrato ha de entenderse presente en el mismo, o lo que es lo mismo, si le es de la esencia de los contratos de concesión de servicios públicos la "Cláusula de Reversión" en favor de la entidad oficial concedente?

Al respecto, Transmilenio S.A. solicita al tribunal que NO se acceda a las anteriores pretensiones de la convocante, propone a manera de excepción la afirmación según la cual en los contratos de concesión para explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en la prestación del servicio, porque en su sentir, aunque las partes dentro del contrato No. 449 de 2003, no acordaron la reversión de los bienes utilizados en la explotación del servicio, la reversión de los bienes con los cuales se prestó el servicio opera "per se" en todos los contratos de concesión, sin importar si se trata de construcción de obra, explotación económica de un bien o de la explotación de un servicio público, en el entendido que la reversión es un elemento de su esencia, y se considera incorporada por perentorio mandato legal. Como fundamento de su afirmación Transmilenio S.A., hace referencia a la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 15 de febrero de 2018⁵, (ver folio 272 del Cuaderno Principal 2), la que en su entender tiene como premisa fundamental el que los recursos públicos sufrirían un grave detrimento si se permitiera que los bienes concesionados no retornaran al patrimonio de la entidad estatal dado que la "Cláusula de Reversión" a voces de la sentencia C-250 de 1996, se encuentra incluida en todos los contratos de concesión sin importar la clase de la misma y porque los bienes a ser revertidos han gozado, en desarrollo del contrato, de una amortización calculada por el futuro concesionario desde el momento en el que presenta su propuesta para contratar.

De otra parte, la señora agente del Ministerio Público después de precisar que el régimen jurídico aplicable al contrato de concesión 449 de 2003 es el contenido en la Ley 80 de 1993, transcribiendo lo referente a la prerrogativa de reversión contenida en los artículos 14 y 19 de ibídem, concluye que existen tres clases diferentes de contrato de concesión, así: 1. Concesión de un servicio Público; 2. Concesión de un bien del Estado y 3. Concesión de obra.

⁵ La sentencia en comento no se encuentra en firme dado que fue recurrida en apelación encontrándose a la fecha ante el H. Consejo de Estado a la espera de fallo

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Seguidamente la señora Agente hace las siguientes precisiones jurídicas tendientes a establecer que la cláusula de reversión, contrario a lo que afirma la convocada, no es de la esencia del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, así:

*"A partir del tenor literal del artículo 14 y 19 de la Ley 80/93 sustenta TRANSMILENIO su exigencia de REVERSIÓN fijada en el Acta Bilateral de liquidación, acudiendo además a lo indicado en la sentencia de la Corte Constitucional C 250/96 y algunos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Argumentos de los cuales, lo primero que debe decirse, no se comparte por esta Agencia del Ministerio Público toda vez que se tratan de normas que NO reglamenten el evento de **concesión para a explotación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros** y la jurisprudencia traída a cita que interpreta las normas 14 y 19, se refieren en **concreto** a la concesión de bienes del Estado que, se reitera, no es el objeto del contrato 449 de 2003.*

En segundo lugar, la conclusión de la labor hermenéutica que se expone en los fallos de la jurisdicción contenciosa citada por TRANSMILENIO tampoco se comparte por esta Agencia del Ministerio Público; pues indiciando que acuden a criterio gramatical, gramatical y/o apoyado en criterios de autoridad, le da un sentido a las normas 14, 19 y 32 de la Ley 80/93 que no tiene; el sentido de las normas es claro, no presenta vacíos, y por ello debe estarse al contenido del texto. Que no es otro que LA REVERSIÓN está incluida- por ley- en los contratos de concesión de explotación bienes del Estado, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos, conoce las condiciones de los mismos; pero no en todas las modalidades que puede presentar esta clase de contratación estatal, como es el caso que nos ocupa CONTRATO 449 DE 2003 para explotación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. Por ello, no encontrándose además norma especial que lo contemple, lo cierto es que si TRANSMILENIO pretendía esa REVERSIÓN de los 119 buses debía haberse incluido desde la licitación misma y con mayor razón fijarse como Cláusula contractual.

En efecto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado señaladas por Transmilenio como sustento de sus afirmaciones de REVERSIÓN que alega TRANSMILENIO opera per-se en todo contrato de concesión, considera esta Procuradora, no tiene una similitud con el punto en discusión en este proceso arbitral, que se centra en establecer si la cláusula de Reversión aplica por mandato de la Ley en la modalidad de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

concesión explotación del servicio público terrestre de pasajeros. El análisis plasmado en la C 250/96 parte de un problema jurídico respecto a la concesión para la explotación de bienes del Estado, y si el operar por ministerio de la Ley constituye o no una forma de expropiación. Por otro lado, los Fallos del Consejo de Estado y del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, remiten a esa sentencia de constitucionalidad, pero sobre las generalidades no sobre la ratio decidendi que es la parte vinculante.

(...)

Por otro lado, el fundamento de TRANSMILENIO en sentencias de la Jurisdicción Contenciosa, como lo anotado en la providencia la proferida por Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, el 15 de febrero del año próximo pasado, no tiene ni fuerza vinculante ni persuasiva para la decisión en este caso, habida que parte de una fuente la C- 250/96 que no tiene analogía con el caso y porque además no consultan el texto íntegro de la sentencia y por tanto su verdadero alcance y obligatoriedad.

Por todo lo anterior, se considera por esta Agencia del Ministerio Publico que no es cierto que a partir de la regulación del estatuto de la Contratación, ley 80/93 ni por norma especial, opere por ministerio de la ley la reversión para el concesionario en tratándose de contratos para la explotación del Servicio Público de transporte terrestre de pasajeros, como lo es el Contrato 449 de 2003 suscrito por las partes. Ahora, con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, como son las cláusulas mismas del contrato 449, como bien plantea la parte convocante, no se avizora que esa obligación de reversión de los buses haya sido contemplada como querer de las partes. En el contrato se dan ciertas directrices que, por el contrario, demuestran que los buses son del concesionario; los puede gravar, y al final del contrato transferir o negociar los vehículos (con cualquier persona) la única limitante es que sea para el uso del mismo Sistema.

(...)

Esta Agencia del Ministerio Publico, consecuentes con las motivaciones precedentes, advierte la improcedencia de la REVERSIÓN de los buses alimentadores (119); habida cuenta que no es una obligación ni legal ni contractualmente fijada en el contrato 449/2003 de Concesión para la explotación del servicio Público de Transporte Terrestre de pasajeros.

(...).”

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Atendiendo a lo señalado en las alegaciones de las partes y del Ministerio Público, el Tribunal iniciará el análisis del asunto a partir de las disposiciones legales que regulan la materia, así:

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al referirse a la reversión, establece:

"Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

"1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. "En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

*2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. **En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.** Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente”.
(Subrayado y Negrilla fuera de texto).

Conforme a la norma transcrita, es claro que la obligación sobre la inclusión de la cláusula de reversión se predica respecto de los contratos de concesión de bienes estatales y de obra pública.

En igual sentido, el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 reafirma una vez más que “en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”, con lo cual se reitera que la reversión, por ministerio de la Ley, opera de forma imprescindible en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales.

Ahora bien, conforme a la definición que ha dado el artículo 32 de la ley 80 de 1993 sobre el contrato de concesión, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en su jurisprudencia⁶ han distinguido tres modalidades de concesión, incluidas en el numeral 4 de la norma ibídem, a saber: la de servicios, la de explotación de bienes públicos y la de obra pública.

La lectura armonizada de los artículos 14, 19 y 32 de la Ley 80 de 1993, permiten entender que, aunque el contrato de concesión puede recaer sobre servicios, obras o bienes, cuando el Legislador reguló lo atinente a la cláusula de reversión, de manera taxativa, manifestó su voluntad consistente en que dicha figura solo debía incorporarse obligatoriamente, y por ende, entenderse ser de la esencia del contrato de concesión, cuando este verse sobre bienes, y la excluyó, sin lugar a duda, la modalidad de concesión de servicios.

Lo anterior encuentra su razón de ser en que el legislador, respondiendo a las exigencias del mercado, en materia de concesiones de servicios públicos, ha vuelto circunstancial el contenido de la cláusula de reversión, condicionándola a las razones económicas, de tal forma que esta variación respecto de la cláusula de reversión busca estimular la modernización del servicio y la competencia en la prestación del mismo, lo cual, a su vez redundará en el bien de los usuarios - beneficiarios, dando cumplimiento de esta forma, al mandato contenido en el artículo 334 Constitucional.

⁶ Como ejemplo de las distinciones de las diferentes clases de concesión encontramos las sentencias de la Corte Constitucional C-250 de 1996 y C-555 de 2013.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En el mismo sentido de lo indicado, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, consagró la justificación de la inclusión del concepto de gratuidad de la reversión en los contratos de bienes estatales y manifestó que debe existir indemnización si a la finalización del contrato no se ha logrado la amortización por hechos no imputables al contratista o en los casos en los que exista duda, en los cuales ésta debe interpretarse a favor del concesionario. Sobre el particular se señaló:

"También se incluye como cláusula excepcional la conocida como reversión (art. 19). Por virtud de ella, a la terminación de los contratos de explotación de bienes estatales, todos los bienes y elementos colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieren al Estado, sin compensación alguna, salvo que la inversión no se haya amortizado.

Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentren totalmente amortizados. Por ello, se establece que la administración estará obligada a la indemnización, cuando al finalizar el contrato la amortización no ha sido alcanzada por hechos no imputables al contratista.

En tratándose de la reversión sin compensación la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de dominio del particular. Por tanto, se considera que la reversión 'comprenderá, exclusivamente los bienes necesarios' para la prestación del servicio público, en tanto esa ejecución lo exija, y, en caso de duda sobre ese extremo concreto, sobre esa determinada situación de hecho, la interpretación deberá ser siempre en favor del concesionario, es decir, en favor de su derecho de propiedad, que no habrá de perder, sin ser adecuadamente indemnizado."(Subrayado fuera de texto original).

Como se observa, una vez más, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se consagra la voluntad del legislador en el entendido que la reversión es obligatoria en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado.

Ahora bien, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho la misma distinción respecto de la naturaleza obligatoria de la cláusula de reversión en los contratos de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

concesión de bienes estatales y no en los de prestación de servicios públicos, desde la Sentencia C-250 de 1996 y más recientemente, en la C-555 de 2013, donde manifestó:

"Observa pues en este punto la Corte que, la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia le resultaba aplicable el precepto legal transcrito." (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, resulta claro que en la concesión para la prestación de servicios públicos no opera de manera obligatoria y no se entiende pactada la reversión por disposición legal, y contrario a lo que manifiesta la Convocada Transmilenio S.A., que basa su argumentación jurídica en un supuesto cambio de posición jurisprudencial a partir de una sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la línea jurisprudencial tanto de las altas cortes como de la justicia arbitral, ha sido desarrollada ampliamente en el sentido expuesto, y como ejemplo se pueden indicar los Tribunales de Arbitramento de la Empresa LIME contra la UAESP del 14 de diciembre de 2015, el de la Empresa de Transporte Masivo Alimentador S.A – ETMA S.A contra la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio de marzo de 2017, El de la empresa Citi Móvil S.A. contra la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio del 22 de octubre de 2018, en el que se indicó⁷:

"En los contratos de concesión por prestación de servicios, específicamente del servicio público de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, ni la ley 80 de 1993, ni ninguna otra norma, disponen la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión a este tipo de contrato, por lo cual, dado su carácter excepcional, su aplicación no puede extenderse o extrapolarse a un negocio jurídico respecto del cual no fue prevista aun en ausencia de pacto contractual, más aun cuando, como se vio, las normas que regulan el tema en el marco de la ley 80 de 1993 no ofrecen motivo de duda que permita interpretación alguna al respecto, por lo que, al no poder entenderse que le pertenece a esa modalidad del contrato de concesión, no puede reputarse de su naturaleza".

⁷ En igual sentido, en el laudo que puso fin al Tribunal de Arbitramento entre el Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. contra la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) del 30 de marzo de 2017, se expresó que la cláusula de reversión "se incorpora legalmente en los contratos de concesión de bienes pero no está prevista para los contratos de concesión de servicios públicos".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Corolario de lo hasta aquí expuesto, considerando que el contrato 449 de 2003, objeto de estudio es una concesión para la prestación y explotación del servicio de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros, es claro que la reversión no está consagrada en la ley. En ese entendido, resta aclarar si dicha reversión puede ser entendida a partir de los preceptos contractuales, es decir, por voluntad de las partes que así la hayan pactado.

Analizando la documentación que formó parte de la etapa precontractual y contractual, el Tribunal se centró en el análisis de la licitación 005 de 2003 y en el contrato 449 de 2003, encontrando lo siguiente:

Ni en el texto de la licitación 005 de 2003, como tampoco en el clausulado del contrato de concesión 449 de 2003, se encuentra disposición alguna sobre reversión de bienes vinculados al servicio, hecho que además, es expresamente confesado y reconocido por la Empresa Transmilenio S.A, al dar respuesta al hecho 13 de la demanda reformada (ver folio 263 del cuaderno principal 2)⁸, manifestando que es cierto que dicha entidad estatal dedujo la procedencia de la reversión a partir de la aplicación de los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993, así como de Fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En la literalidad del contrato suscrito entre las partes no encuentra el Tribunal disposición alguna que se refiera a la reclamada reversión de los bienes vinculados al servicio público objeto de la concesión, ninguna que permita entender que la cláusula fue contemplada por las partes a fin de que hiciera parte del contrato de concesión No. 449 de 2003. Por el contrario, varias cláusulas permiten al Tribunal concluir que la voluntad de ellas desde el inicio del contrato fue que no existiría reversión, así:

"CLÁUSULA 1. DEFINICIONES:

(...)

⁸ Al dar respuesta al hecho 13 de la demanda reformada, Transmilenio S.A., indicó:

"13.- TRANSMILENIO S.A. fundamentó la procedencia de la reversión en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y en varias jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de las que dedujo que la reversión, aunque no estuviese pactada expresamente en el Contrato, es de la esencia y de la naturaleza misma del contrato de concesión.

Es cierto que TRANSMILENIO S.A. fundamentó la legalidad de la reversión en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y en distintas jurisprudencias, tanto de la honorable Corte Constitucional como del honorable Consejo de Estado".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

1.39 *Recuperación del valor de salvamento del equipo como resultado de la participación del CONCESIONARIO en el Sistema TransMilenio (riesgo de): el que se entiende como la eventual imposibilidad de amortizar la inversión en vehículos efectuada por el concesionario, por el agotamiento del término del contrato.* (Subrayado y cursiva fuera de texto original)

"TÍTULO 5. VEHÍCULOS DE OPERACIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO

(...)

5.3. *Los vehículos operan de manera exclusiva para el Sistema Transmilenio y son de propiedad u operados por los concesionarios.*

(...)

5.5. *Los vehículos operarán de manera exclusiva para el Sistema Transmilenio, y serán de propiedad de los concesionarios, salvo las modalidades alternativas que sean expresamente previstas al efecto en el contrato de concesión.* (Subrayado y cursiva fuera de texto original).

"CLÁUSULA 7. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN DE LA ALIMENTACIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO

*A través del presente contrato, y como consecuencia de **la concesión no exclusiva** para la explotación de la actividad del Sistema TransMilenio, el CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones:*

7.1 (Modificado ADENDO 2) *Adquirir en propiedad, o por medio de los mecanismos previstos en la Cláusula 30 del presente contrato, los vehículos, proveer, mantener y poner en operación la flota que se requiera par la prestación del servicio de alimentación del Sistema TransMilenio, bajo la tipología, con las condiciones y conforme a las previsiones contractuales establecidas por TRANSMILENIO S.A.*

(...)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

7.5 La obligación de desintegrar físicamente los vehículos cuando cumplan la vida útil convencionalmente establecida en el presente contrato de concesión. (Subrayado y cursiva fuera de texto original).

"Capítulo 5 – Vehículos

CLÁUSULA 16. DEFINICIÓN.

Será responsabilidad del CONCESIONARIO, proveer los vehículos que se requieran para la atención de los servicios programados por el Sistema, con las características de dotación tipología que TRANSMILENIO S.A establezca, según las condiciones en las que se le haya adjudicado la licitación N° 005 de 2003 convocada por TRNASMILENIO S.A, y de acuerdo con las normas vigentes y aplicables.

(...)

Igualmente, la flota que se ponga en operación en el Sistema TransMilenio deberá ser de propiedad directa del concesionario salvo las modalidades alternativas que sean expresamente previstas al efecto en el contrato de concesión." (Subrayado y Cursiva fuera de texto original).

"CLÁUSULA 30. PROPIEDAD DE LA FLOTA

La flota deberá ser de propiedad del concesionario de la alimentación, lo cual será verificado por TRANSMILENIO S.A. al momento de efectuar la evaluación de los documentos que le deberá presentar el concesionario a TRANSMILENIO S.A para la obtención del Certificado de Vinculación al Servicio de los vehículos, según lo que acredite la Licencia de Tránsito del Vehículo⁹.

(...)." (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

"CLÁUSULA 34. EXCLUSIÓN DE VEHÍCULOS

⁹ Dicha propiedad según los numerales 30.1 y 30.2 de la cláusula 30 y la cláusula 31, admitía como excepción que la misma estuviera en cabeza de una sociedad de leasing o que la propiedad estuviera en cabeza de un patrimonio autónomo irrevocable con destinación específica y que la flota se adquiriera a través de mecanismos de financiación con entidades financieras en cuyo caso la titularidad de la propiedad se radicaría en cabeza de esas entidades bancarias.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

(...)

Una vez cumplida la vida útil de novecientos mil (900.000) kilómetros por bus alimentador, el vehículo será desvinculado por TRNASMILENIO S.A., y el concesionario deberá retirarlo del servicio público de transporte en Bogotá D.C y proceder a su desintegración física.

Los buses que no hayan vencido su vida útil a la terminación del contrato, podrán ser transados por el concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores del Sistema TransMilenio de Bogotá, que requieran de tal flota para el desarrollo de su actividad". (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Como se observa, no son pocos los apartes del contrato donde se deja claro que los vehículos asociados a la prestación del servicio de transporte público debían ser adquiridos por el concesionario y serían de su propiedad, e incluso como se vió, dentro de las obligaciones del contratista se encontraba la de desintegrar físicamente los vehículos cuando cumplieran su vida útil.

Igualmente, el inciso final de la cláusula 34 del contrato 449 de 2003, planteó que aquellos buses cuya vida útil no se hubiera alcanzado a la finalización del acuerdo de voluntades, podrían ser transados o vendidos por el concesionario a otros operadores del Sistema TransMilenio que requirieran la flota para el desarrollo de la actividad.

Siendo esto así, la interpretación conjunta de las disposiciones contenidas en el contrato de Concesión 449 de 2003 permiten afirmar que al considerarse que la propiedad de los buses se mantendría en cabeza del Concesionario, lo lógico era que éste pudiera, y así se estipuló contractualmente, venderlos a la finalización del contrato, cuando no hubieran alcanzado su vida útil, o desintegrarlos físicamente en el caso que tuvieran 900.000 kilómetros, de tal forma que se deja claro que el producto de la venta sería ingresado al haber del concesionario. Por tal razón, para el Tribunal es claro que la voluntad de las partes en el contrato fue clara en el entendido que los buses serían siempre propiedad del concesionario, esto es, durante la ejecución contractual y a la finalización del contrato, y por ende, no se podía en momento alguno durante la ejecución del contrato, ni en su liquidación, reclamar o afirmar que procedía la reversión de los vehículos vinculados a la prestación del servicio público objeto de la concesión.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En consideración a que según las anteriores reflexiones la cláusula de reversión es un elemento accidental en los contratos de concesión para la explotación de servicios públicos como el que nos ocupa, y atendiendo a que las partes no incluyeron la operatividad de tal figura en el texto contractual, para el Tribunal no es de recibo que la Entidad Contratante (Transmilenio S.A.), haya sorprendido al concesionario al momento de la liquidación del contrato con una interpretación diferente a la acordada y conocida por las partes incluso desde la etapa de formación de negocio, de tal suerte que si este era el querer de la Entidad Estatal, así debió manifestarlo claramente desde los pliegos de condiciones de la licitación 005 de 2003 y/o en el texto del contrato.

En este punto cabe señalar que el actuar sorpresivo de la administración al reclamar la reversión de los vehículos vinculados al servicio resulta manifiestamente contrario al principio de buena fe contenido en la Constitución Política, aplicable por tanto a toda relación contractual, incluida la contratación estatal¹⁰.

¹⁰ En sentencia SC 5851-2014 del 13 de mayo de 2014, La corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Margarita Caballero Blanco, al referirse al marco legal y jurisprudencial del principio de buena fe contractual, manifestó:

“8.3.2. Empero, la discrecionalidad de los interesados alrededor del vínculo contractual no resulta absoluta; la libertad en estas materias está limitada por unas reglas o principios que aun cuando no hayan sido convenidos o involucrados expresamente hacen parte del mismo por ser de su esencia. Los contratantes al concertar en uno u otro sentido sus objetivos, no solo involucran sus intereses sino que las determinaciones que prohíjan irradian sus efectos más allá de sus exclusivos propósitos y afectan valores que atañen a la comunidad de la que hacen parte. El ejercicio de esa libre voluntad no puede considerarse, por la libertad misma, como una patente de corzo para desbordar límites propios de las buenas costumbres y el orden público, entendidos en su más amplia consideración. En esa línea, aspectos como la buena fe y la ética de los contratos, entre otros, por disposición legal, constituyen parte integrante (arts. 1603 del C.C., en cc. art. 871 del C. de Co.), de todo negocio o acto jurídico, no obstante hayan sido desdeñados por quienes los celebraron.

8.4. De lo dicho surge, entonces, que precisar el verdadero sentido de los compromisos asumidos por uno u otro contratante, así como el alcance de los mismos desde la perspectiva legal, social, naturaleza del negocio, incluyendo la función económica que cumple, impone, sin duda, la valoración de esas circunstancias.

8.5. Desde esa perspectiva, la buena fe bonae fidei, uno de los principales ejes, implícita en todo ensayo negocial, inclusive en las etapas previas, es principio elevado a norma jurídica y así aparece en diferentes codificaciones. Por ejemplo, en el artículo 1134 del Código Civil Francés: “(...) Elles doivent étre exécutées de bonne foi” (art. 1134), disposición replicada en el artículo 1546 del Código Civil Chileno: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe”. En su momento, don Andrés Bello, decidió también reproducirla en nuestro ordenamiento jurídico y quedó integrando el texto del artículo 1603 del Código Civil patrio: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe”. Posteriormente, en el año 1970, en los artículos 863 y 871, pasó a hacer parte de la codificación comercial y, en su orden, se estableció: “Buena fe precontractual. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”; y, “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”. Luego, a partir de la Constitución Política de 1991, la buena fe fue erigida como canon constitucional (art. 83).

Por manera que, los contratantes, al momento de fijar las reglas que señalan los designios de la convención, adicionalmente a lo que hayan resuelto ajustar, deben someter su comportamiento contractual a los cánones de la buena fe, sin que puedan, por ello, apartarse de un mínimo de referentes que marcan, por ejemplo, respeto por los derechos de la otra parte; no abusar de los propios; no someter injustamente al cocontratante a condiciones desmedidas, desproporcionadas, abusivas o solo en beneficio de uno de ellos y no asumir conductas desleales.

La Corte, en varios de sus pronunciamientos recogió la buena fe como principio rector e interpretativo de los negocios jurídicos, al decir:

“(…) la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual...”; “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe...”, y “Los contratos deben ejecutarse de buena fe...” (El subrayado es ajeno a los textos originales)”.

“Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el “...período precontractual”, sin distingo de ninguna especie”. (Sent. Cas. Civ. del 2 de agosto de 2001; Exp., No. 6146)”. (Subrayado fuera de texto original).

En igual sentido, El Consejo de Estado en la sentencia 22043 del 19 de noviembre de 2012, M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se refirió a la Buena fe en la contratación estatal, así:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe (...) el artículo 863 de esa misma codificación ordena

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Así las cosas, conforme a las precedentes elucubraciones, el Tribunal considera que dada la naturaleza del contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano que se dispuso en el contrato 449 de 2003, como en razón a la no consagración en la literalidad del mismo de la llamada "Cláusula de Reversión", la reclamada como legítima reversión de los vehículos que fueron vinculados a la prestación del servicio por parte de TRANSMILENIO S.A. no era procedente dentro del marco legal y jurisprudencial aplicable al contrato por lo que las pretensiones 3,4,5,6, 7 y 8 serán despachadas de manera favorable por este tribunal en la parte resolutive.

En este punto a la discusión efectuada entre las partes relativa a la amortización de los bienes como fundamento de la alegada reversión sin que proceda compensación alguna para con el concesionario, el Tribunal no entrará a abordar su estudio toda vez que como quedó señalado en el párrafo anterior se ha de tener por no procedente la reversión del parque automotor y porque en la sentencia de la Corte Constitucional C-250 de 1996 sobre el punto, solo se hace referencia a la amortización de los bienes para el caso que proceda la misma en los eventos en que la concesión se refiere a bienes estatales, cuestión que aquí, se repite, no tiene lugar, con motivo de la NO compensación en favor del concesionario.

No obstante lo anterior, como la convocada Transmilenio S.A. transcribe un aparte del acta de liquidación del contrato al sustentar su argumento sobre la amortización de la flota durante la ejecución contractual, y en ella hace referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional C-250 de 1996, resulta oportuno precisar que el contexto bajo el cual se pronunció el Máximo Tribunal Constitucional se centró en definir la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, que consagra la reversión para los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, así.

En ese preciso contexto, la Corte Constitucional puntualizó:

que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado (...) [la buena fe contractual] estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato (...) se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido". (Subrayado fuera de texto original).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"En este sentido, es del caso traer a colación lo que sobre el particular señaló el Gobierno Nacional en la exposición de motivos al proyecto de ley que culminó en la expedición de la Ley 80 de 1993, cuando manifestó:

"Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados.

"En tratándose de la reversión sin compensación, la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de dominio del particular"

(...)

Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia.

Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión.

(...)

Así entonces, al concesionario no se le impone forzosamente la cláusula, por cuanto al momento de la firma del contrato, acepta libre y voluntariamente someterse a las condiciones pactadas en él, una de las cuales es que a la terminación de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, como consecuencia de lo dispuesto por la ley que obliga a incluir dicha cláusula como parte esencial de esta clase de contratos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Ahora bien, resulta pertinente manifestar que la presunción de conocimiento de la ley respecto de la cláusula de reversión en los contratos administrativos en lo que hace referencia a la destinación de los bienes que se utilizan en la concesión, permite que exista total claridad en torno a la titularidad última del dominio de dichos bienes, lo que lleva a que el valor respectivo se incluya desde el mismo momento de la presentación de la oferta, de tal manera que el monto de los bienes que se traspasan al Estado se compense desde el mismo momento de la firma del contrato.”
(Cursiva y subrayado fuera de texto).”

Como se observa en los apartes transcritos, el contexto de las consideraciones expresadas por la Corte Constitucional no señala que siempre que un contratista amortice un bien debe producirse la reversión en favor de la entidad estatal, sino que si se ha producido la amortización y además existe la reversión, se justifica la transferencia del bien a la entidad contratante, siendo claro que esta figura no se impone al Concesionario sino que éste la acepta en los contratos en los que la ley obliga la inclusión de la reversión, y así es como esta prerrogativa opera en favor de la entidad estatal.

En lo que respecta a la solicitud de declaratoria de incumplimiento del contrato de concesión por parte de TRANSMILENIO S.A, que efectúa la convocante en la pretensión octava a propósito de la exigencia de reversión de los vehículos vinculados a la prestación del servicio que a ésta última le hiciera aquella, como ya se ha tratado en extenso, en el proceso quedó demostrado en la contestación de TRANSMILENIO S.A a los hechos 10 a 16 de la demanda reformada (ver folios 262 a 267 del Cuaderno principal 1), en el Acta de Liquidación del contrato (ver folios 1 a 76 del Cuaderno de pruebas 2) y en el Acta de entrega de vehículos restituidos en reversión (folios 101 a 109 del cuaderno de pruebas 3), que a pesar de que ni la Ley ni el contrato de concesión 449 de 2003, contemplaron la procedencia de la exigida reversión, Transmilenio S.A si la hizo efectiva al solicitar la transferencia de la flota al momento de la liquidación del contrato¹¹, obteniendo en obediencia por parte del concesionario, la entrega de 119 vehículos para el momento de propiedad de SI03 S.A, no sin antes expresar su inconformidad frente a dicha solicitud (Ver a folios 72 a 74 del cuaderno de pruebas 2 – acta de liquidación del contrato 449 de 2003)

¹¹ Lo anterior, sin perjuicio que como lo señala la Convocante en el hecho 11 de la demanda reformada, la solicitud de reversión se efectuara por parte de Transmilenio S.A. en 13 oficios que fueron relacionados en el folio 66 del Acta de liquidación del contrato. (Ver folio 72 del Cuaderno de Pruebas 2).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Este proceder por parte de la entidad contratante configura el incumplimiento del contrato 449 de 2003, toda vez que, tal y como se refirió en precedencia en la jurisprudencia de las altas Cortes, y conforme al precepto del artículo 83 de la Constitución Política, en virtud del principio de la buena fe, el cumplimiento contractual no solo se encuentra determinado por la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, sino también por el deber de abstenerse de realizar actos que afecten el fin previsto en la contratación, con el objetivo de preservar la equivalencia entre las cargas y las prestaciones.

Así las cosas, atendiendo a los deberes que tienen las entidades estatales, consagrados específicamente en los numerales 8 y 9 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, la contratante debe abstenerse de adelantar actos que le impidan al contratista cumplir el contrato u obtener el beneficio que le corresponde conforme a las condiciones pactadas, además porque en los contratos estatales, de acuerdo con el artículo 5 de la ley antes indicada, la remuneración pactada es un derecho del contratista y como tal implica que su valor intrínseco no se altere o modifique durante la vigencia del contrato¹².

¹² "Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. (...)

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Por ende, en casos como en el que nos ocupa, donde una parte obligó a la otra a ejecutar prestaciones que no fueron pactadas, como lo fue la exigencia de Transmilenio S.A. al Concesionario de proceder a la reversión de los buses afectos a la prestación del servicio concesionado, sorprende a la otra parte traicionando de tal forma la buena fe contractual a la que estaba obligada, y por ende, ha de asumir las consecuencias de dicha ilegítima conducta en lo que respecta a la reparación del daño que haya podido causar con esa conducta.

En lo que respecta a la reposición del bus alimentador No. 6040, identificado con placas VDW 944, el cual resultó incinerado en el patio de la troncal sur, y sobre el cual, tanto Transmilenio S.A. como SI03 S.A, dejaron la correspondiente glosa en el acta de liquidación en relación con el valor de su reposición (ver folios 71 y 75 del Cuaderno de pruebas 2), el Tribunal aclara que esta pretensión no está llamada a prosperar en el entendido que el Concesionario pretende la declaratoria de la inexistencia de la obligación de reposición del vehículo incinerado en razón a la inoperancia y falta de acuerdo sobre la reversión de la flota asociada a la prestación del servicio, y las dos circunstancias son diferentes.

Para el Tribunal es claro que si bien no existe ni existió obligación de revertir los buses que conformaron la flota para la prestación del servicio en el contrato de concesión 449 de 2003, también lo es que las partes dejaron la salvedad sobre el caso del bus incinerado en el acta de liquidación, centrando la discusión no en torno a su reversión sino a su reposición oportuna durante la ejecución contractual; lo que implica que se trata de una circunstancia diferente a la reversión en la que Transmilenio S.A. manifiesta que el contratista no hizo la reposición y el concesionario en su glosa señala que efectuó la reposición inicialmente con otro automotor en arrendamiento y posteriormente mediante la vinculación de nuevos vehículos para incrementar la flota de SI 03 S.A.

Así las cosas, considerando que las pruebas aportadas por la convocante al trámite arbitral se dirigieron a acreditar la inexistencia de la cláusula de reversión y la pretensión 6 de la demanda reformada implica un pronunciamiento o calificación de cumplimiento de las obligaciones del concesionario contenidas en las cláusulas 7 y 37 del contrato de concesión 449 de 2003, mal podría el Tribunal extender los efectos

que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.
(...)”.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

propios de la inexistencia de la reversión a la calificación de cumplimiento de un hecho que no resultó probado durante el trámite arbitral.

En consecuencia, con las anteriores consideraciones el Tribunal habrá de decretar en la parte resolutive lo solicitado por la convocante en sus pretensiones Nos 3,4 y 5, mientras que la pretensión No. 6 de la demanda reformada no correrá idéntica suerte por cuanto se dirige a obtener un pronunciamiento sobre el cumplimiento de obligaciones contenidas en las cláusulas 7 y 37¹³ del contrato de concesión, hecho que no fue acreditado por la convocante durante el trámite arbitral, y porque no puede, como se pretende por ésta, extender los efectos buscados en relación con la improcedencia de la reversión al cumplimiento de la obligación de reposición del bus No. 6040.

Respecto de las pretensiones Nos 7 y 8 a consecuencia de las consideraciones antes formuladas son llamadas a ser declaradas según lo en ellas solicitado, por ende se declarará que Transmilenio S.A. incumplió el contrato de Concesión 449 de 2003, en la medida que obligó al Concesionario SI03 S.A a ejecutar prestaciones que no fueron pactadas en el acuerdo de voluntades, esto es, ordenó la reversión de 119 buses afectos a la prestación del servicio al momento de la liquidación incurriendo con ello en

¹³ En lo pertinente, señalan las Cláusulas 7 y 37:

"CLÁUSULA 7. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN DE LA ALIMENTACIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO

(...)

7.12 La obligación de mantener en adecuadas condiciones de mantenimiento, seguridad y circulación los vehículos alimentadores que destine a atender los servicios requeridos por el Sistema TransMilenio."

"CLÁUSULA 37. REPOSICIÓN

(...)

La reposición se realizará de acuerdo con los siguientes índices, establecidos en la oferta de chatarrización de vehículos formulada por el CONCESIONARIO a través de su propuesta:

37.1 Cuando el concesionario vincule a la concesión vehículos último modelo, deberá aplicar para el ejercicio de la reposición de que trata la presente cláusula, el índice de chatarrización ofrecido en su propuesta, salvo los siguientes casos:

37.1.1 Cuando la vinculación de un vehículo nuevo tenga lugar por pérdida total del vehículo anterior, caso en el cual se aplicará un índice 1:1; (...)".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

un actuar antijurídico. En ese sentido, en acápite posteriores se determinará si el mismo causó daño patrimonial indemnizable a la Convocante SI03 S.A.

DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR TRANSMILENIO S.A

Por las mismas consideraciones que presenta el Tribunal con motivo de las pretensiones objeto de las precedentes consideraciones según las cuales se concluye que no procede la reversión de los buses vinculados a la prestación del servicio objeto de la concesión, se hace necesario señalar como fracasada la prosperidad las excepciones formuladas por TRANSMILENIO S.A en su condición de parte convocada al contestar la reforma a la demanda, a folios 254 a 293 del cuaderno principal No 2, las cuales se hicieron consistir :

1. En el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en la prestación de los mismos.
2. Los bienes de la conexión fueron amortizados contra la tarifa, y por tanto procede legalmente su reversión a Transmilenio S.A. como quedó consignado en el acta de liquidación.

El Tribunal se remite a las consideraciones ampliamente expuestas al referirse a las pretensiones 1 a 8 de la demanda reformada, y en ese sentido, deniega las pretensiones 1 y 2 propuestas por la Convocada.

B- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE CONDENA.

El escrito de convocatoria presenta las siguientes:

"9.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$11.155'979.946.00), o la que resulte probada, equivalente al valor de la Flota revertida, conformada por 119 vehículos automotores -buses alimentadores-, vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

10.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS (\$1.850'233.172.00) equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, desde el mes de abril de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

11.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$9.147'607.245.00) equivalente a los intereses comerciales de mora sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 11.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de CUATRO MIL CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$4,047,657,696.00) equivalente a los intereses establecidos por el artículo 4º numeral 8o. de la Ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 11.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$6,365,357,666.00) equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital, desde el mes de marzo de 2015 (fecha en que fue revertida la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

12.- Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4º. numeral 8o. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

13.- Las condenas que se impongan en el laudo arbitral devengarán intereses comerciales moratorios, conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

14.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A.- al pago de las costas y gastos del proceso arbitral, conforme a la ley.”.

En este punto y conforme al petitum de las pretensiones enunciadas, procede el Tribunal a analizar los perjuicios sufridos por el Concesionario derivados de la reversión de la flota alimentadora a Transmilenio S.A., sin que esta fuera una prestación a la que estuviera obligado legal o contractualmente.

Lo primero que debe señalarse es que con independencia de si la inversión del concesionario fue amortizada o depreciada a la finalización del contrato, el haberse aplicado la figura de la reversión sin que fuera procedente, es posible que con ello se hubiere causado perjuicio o daño a la Sociedad Convocante que en principio, de ser probada su ocurrencia, extensión o cuantía, deberá ser indemnizado.

Observa el Tribunal que la discusión surge entre las partes a propósito de la afirmación hecha por Transmilenio S.A., sobre la amortización de los vehículos (folios 276 a 279 del Cuaderno principal 2), en virtud de la cual la citada Convocada considera que procede la reversión sin compensación alguna en el entendido que la contraprestación económica que recibió el concesionario durante la ejecución del contrato, amortizó vía tarifa (cláusulas 88, 89 y 90 del contrato 449 de 2003), el valor total de la inversión efectuada por el contratista para adquirir los vehículos para prestar el servicio.

A este argumento se opone la convocante SI03 S.A. (ver folios 325 a 327 del Cuaderno Principal 2), señalando que en su oferta económica previó una tarifa más competitiva en consideración a que no había obligación contractual o legal de reversión de los buses y se esperaba que al finalizar el contrato se obtuviera un ingreso derivado del valor residual de los vehículos, razón por la cual, el ejercicio de la prerrogativa de reversión en la etapa de liquidación por parte de la Entidad Contratante, modificó la estructura económica del contrato de concesión generando dos incidencias: i. la presentación de una oferta con una tarifa que no contempló la reversión de la flota y ii. la amortización de los buses con operación menor a 120 meses no se efectuó completamente.

Así las cosas, procede entonces el Tribunal a revisar las cláusulas 88, 89 y 90 del contrato de concesión en las cuales fundamenta Transmilenio la amortización de los vehículos asociados a la prestación del servicio, y lo primero que observa este Panel

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Arbitral es que dichas disposiciones contractuales se refieren a la conformación de la tarifa técnica de operación inicial, al ajuste de la tarifa técnica por la implantación progresiva de la alimentación por concesión del sistema Transmilenio y al ajuste a la tarifa técnica por periodos mensuales, es decir, estas cláusulas regulan la tarifa que se refiere a los costos, gastos y utilidades del Sistema pero no a la remuneración del concesionario para poder establecer los costos de operación acordados entre las partes en dicha fórmula, y así determinar si existió la amortización reclamada por la Convocada.

En lo que respecta a la prueba pericial relacionada con el tema objeto de estudio, la complementación de la experticia rendida por Unión Temporal Valor en enero de 2019, a folios 226 a 228 del cuaderno de pruebas 7, expresó lo siguiente:

3. Sírvase verificar con fundamento en la contabilidad del Concesionario SI-03 S.A. si la inversión del Contrato objeto de este litigio fue recuperada

El Perito hizo los siguientes supuestos para responder esta pregunta:

- *El término "inversión" se refiere a la adquisición de activos fijos necesarios para el desarrollo del Proyecto, lo que comúnmente se denomina "CAPEX" en este tipo de proyectos, anglicismo de uso común en proyectos de infraestructura.*
- *El desarrollo del Proyecto requiere que el Concesionario incurra en otros costos y gastos; por ejemplo, los relacionados con administración, operación y mantenimiento, entre otros. También debe pagar impuestos y posiblemente, incurrir en costos relacionados con el financiamiento.*
- *Si bien, entendida de una manera exegética la pregunta, se podría responder comparando los ingresos totales con la inversión definida anteriormente, ello no sería correcto. Para determinar si el Concesionario cubrió sus costos de inversión, es preciso tener en cuenta que debe también cubrir los otros costos y gastos relacionados con el desarrollo del Contrato.*

Para verificar si la inversión del Contrato fue recuperada, se hizo una inspección visual de los libros de contabilidad de SI 03, sobre los cuales, el Perito fue informado que están debidamente auditados. Se solicitó al Concesionario entrega de copias de los documentos revisados, lo cual declinó hacer, explicando que muchos de ellos se encuentran en un depósito que no permitía acceso inmediato

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

y no le era posible suministrar copias en medio digital. A continuación se resume la metodología empleada.

Estado de Resultados

Desde el punto de vista contable, los estados financieros recopilan información que es utilizada para conocer la situación, financiera, económica y contable de las empresas de un período determinado. Los estados financieros deben registrar todas las operaciones contables que sirven para el análisis y toma de decisiones de una empresa.

El Estado de Resultados muestra todos los ingresos y egresos que tiene una empresa a lo largo de un periodo determinado (mes, trimestre, semestre, año, etc.) y permite evaluar si se obtuvo una utilidad o una pérdida. El Estado de Resultados permite apreciar si los ingresos generados por una empresa son suficientes para cubrir sus egresos (costos y gastos e impuestos). A modo de ejemplo, si durante el un año una empresa tiene ingresos de \$200, costo de ventas de \$40, gastos generales, de ventas y administrativos de \$40, gastos financieros de \$20 e impuestos de \$33, esto implica que la empresa tuvo una Utilidad Neta de \$67. La Tabla 1 a continuación resume los cálculos:

Tabla 1: Ejemplo Estado de Resultados Año 1

Tabla 1: Ejemplo Estado de Resultados Año 1

(+) Ingresos	200
(-) Costo de Ventas	40
Utilidad Bruta	160
(-) Gastos Generales, de Ventas y Administrativos	40
Utilidad Operativa	120
(-) Gastos Financieros	20
Utilidad Antes de Impuestos	100
(-) Impuestos	33
Utilidad Neta	67

Análisis del Estado de Resultados de SI 03 entre 2005 – 2015.

Para verificar si la inversión del Contrato fue recuperada por el Concesionario, el Perito procedió a analizar el Estado de Resultados entre los años 2005 – 2015. Para efectos del presente análisis, el cual no incluye una auditoría contable, se presume que la contabilidad del Concesionario refleja de manera fidedigna los

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

resultados de la empresa. La Tabla 2 a continuación resume la utilidad neta generada entre 2005 y 2015.

Tabla 2: Utilidad Neta Acumulada SI 03 (cifras en miles de pesos):

Año	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Utilidad Neta	299,640	5,341,725	2,911,000	946,539	2,604,954	3,615,771
Año	2011	2012	2013	2014	2015	
Utilidad Neta	1,568,519	1,615,132	3,308,715	743,465	39,396,964	
Utilidad Neta Acumulada	33,148,625					

*El Concesionario presenta pérdidas netas acumuladas para el período estudiado por 33,148,625,000 de pesos corrientes. Esto implica que **SI 03** no recuperó la inversión, teniendo en cuenta los supuestos expuestos anteriormente. Las pérdidas acumuladas significan que no pudo cubrir la totalidad de sus egresos relacionados con el proyecto. Los libros de contabilidad registran que los activos fijos fueron completamente depreciados, pero el gasto de depreciación generado contribuyó a generar las pérdidas acumuladas. El hecho de que un activo esté completamente depreciado implica que su vida útil contable llegó a su fin; ello no significa que el activo tenga un valor cero de mercado o que esa inversión se haya recuperado. Las pérdidas representan los dineros invertidos en el proyecto que no fueron recuperados por los accionistas; al tener pérdidas, no se recuperó la totalidad de la inversión y los costos y gastos.*

Como se observa en el aparte de la experticia transcrito, quedó demostrado que a partir del análisis de la contabilidad del Concesionario, durante el periodo comprendido entre el 2005 y el 2015, el ejercicio arroja pérdidas netas acumuladas, lo cual permite al experto financiero establecer que el contratista no recuperó la inversión, costos y gastos durante la ejecución del contrato, y aunque los activos fijos fueron depreciados, estos gastos contribuyeron a generar las pérdidas acumuladas.

Ahora bien, esta última aclaración en el dictamen financiero toma especial importancia toda vez que, a pesar que en la cláusula 98 del contrato de concesión, para calcular la remuneración del concesionario se tuvo en cuenta dentro de los costos fijos la depreciación de los vehículos, tal y como lo señaló el experto financiero, el contratista depreció la totalidad de la flota durante la ejecución contractual, pero esto no compensó la inversión sino que contribuyó a las pérdidas acumuladas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En ese orden de ideas, para el Tribunal, si bien el cálculo de la remuneración al concesionario y su ajuste tuvo en cuenta la depreciación de los vehículos, esto no significa que se estaba pagando la flota. En este punto, es importante resaltar igualmente como lo hizo el perito financiero, que pese a que el activo esté completamente depreciado su valor no necesariamente es cero, es decir, puede ser transado en el mercado.

Así las cosas, atendiendo al contenido de las pruebas pericial y documental, el Tribunal no encuentra demostrada la afirmación de Transmilenio sobre la existencia de amortización del valor de los buses a partir del pago de la remuneración al concesionario vía tarifa, porque la experticia financiera acredita la existencia de pérdidas y el No retorno de la inversión, así como el hecho que la depreciación contribuyó a tal situación. Lo anterior, sin perder de vista que el contrato como se vio anteriormente, no consagró la cláusula de reversión, y por ende, esto también permite deducir que no se hallaba contemplado el retorno de la inversión al concesionario, a través de la tarifa de remuneración.

Como se indicó en precedencia, la flota revertida y que era propiedad del concesionario a la terminación del contrato, no pierde su capacidad de generar ingresos por el hecho que exista una depreciación e incluso una amortización. Así las cosas, para el Tribunal es procedente la indemnización por concepto de daño emergente incluso después de la expiración de la vida útil de los automotores, en el entendido que en estos casos igualmente es posible reconocer el valor residual de cada uno de los buses.

Ahora bien, el daño civil es indemnizable cuando es causado en forma ilícita por alguien diferente a quien lo padece y debe ser cierto en cuanto a su producción y fuente de origen, lo cual en el presente caso se determinaría a partir del incumplimiento del contrato por parte de la Entidad Contratante.

Sobre la existencia, definición y calificación de antijuridicidad del Daño, el Consejo de Estado en la Sentencia 05001-23-31-000-1997-01054-01(31185) del 12 de junio de 2014, M.P. Enrique Gil Botero, indicó:

"El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de un sujeto, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es "la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera" aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la "amenaza o puesta en peligro del interés", con lo cual se amplía su concepción a la "función preventiva" del mismo. Ahora

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

bien, el efecto jurídico de cualquier daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr su represión, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todo daño merece la reacción del derecho. (...) se destaca su definición de daño como el "menoscabo a todo interés que integra la esfera del actuar lícito de la persona a consecuencia del cual ella sufre la privación (en sentido lato) de un bien procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso." De esta definición se sigue de un lado, que el daño puede recaer no sólo sobre derechos subjetivos o bienes jurídicamente tutelados, sino también sobre intereses simples que no son contrarios al derecho; y del otro, que la licitud del bien afectado es requisito sine quanon para que el daño tenga el carácter de antijurídico, en otros términos, el menoscabo no debe tener por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas, so pena de no poder ser resarcido.

(...)

La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho", "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad", ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño. En este punto es importante advertir la distinción introducida por V.L., según la cual la antijuridicidad puede clasificarse en: a) formal (normwidrigkeit), esto es, la violación a una norma de derecho o jurídica, y b) material (rechtwidrigkeit), es decir, el menoscabo a derechos e intereses legítimos que al ser jurídicamente protegidos, no se está en la obligación de soportar su vulneración. Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de R.V.F., "la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos. (...) la antijuridicidad pasa de ser un elemento de la conducta causante del daño, a ser un elemento calificador del mismo y el análisis se desplaza del autor del daño a quien lo sufre, esquema que constituye la base de la responsabilidad patrimonial del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Estado. (...) el daño antijurídico es aquel que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, lo que permite inferir por oposición que el daño será jurídico cuando exista el deber de padecerlo. (Subrayado y cursiva fuera de texto).

Conforme a la jurisprudencia expuesta, la ocurrencia del daño genera el accionar del ordenamiento jurídico que se traduce en el reconocimiento de una reparación integral en favor del afectado, es decir quien asumió los efectos del actuar antijurídico de la parte incumplida frente a los intereses objeto de protección.

En cuanto al principio de reparación integral, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 28 de junio de 2017, Radicado SC9193-2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez, indicó:

"En armonía con el anterior mandato, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 señala:

«Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales»

(...)

"Una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil, el juez debecuantificar el monto concreto de cada tipo de daño que haya quedado probado, los cuales no tienen que ser 'ciertos' cuando se refieren al futuro, pues según los axiomas de la lógica, es una verdad irrefutable que las cuestiones que atañen al porvenir son siempre contingentes y escapan al ámbito de la certeza o la necesidad, lo cual es tan obvio que no merece ser discutido; por lo que los perjuicios futuros se establecen mediante criterios de probabilidad a partir de las reglas de la experiencia y los cálculos actuariales; lo que impide considerarlos como meras especulaciones o conjeturas." (Cursiva y Subrayado fuera de texto original).

En el caso objeto de estudio, para el Tribunal es claro que el valor de los vehículos afectos a la prestación del servicio al momento en que se efectuó la reversión, esto es, el 25 de marzo de 2015 cuando se suscribió el "ACTA DE ENTREGA DE VEHÍCULOS RESTITUIDOS EN REVERSIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 449 DE 2003"

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

(folios 101 a 109 del cuaderno de pruebas 3), es el daño emergente o pérdida que proviene del incumplimiento que se le debe indemnizar al demandante.

**C- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS EXCEPCIONES 3, 4, 5, 6 y 7
PROPUESTAS POR LA CONVOCADA TRANSMILENIO S.A.**

En la celebración del Acta de Liquidación del contrato de Concesión No. 449 de 2003 Transmilenio S.A. no incurrió en fuerza o dolo que pueda invalidarla.

A folio 279 del cuaderno principal 2, en la contestación a la demanda reformada, Transmilenio S.A. sustenta la enunciada excepción en que:

*"No pudo haber exigencia, siquiera parecida a una fuerza invalidante del acto jurídico, y la prueba de ello es que SI 03 S.A., libremente suscribió el Acta de Liquidación dejando las salvedades que a bien consideró como necesarias. De hecho, la convocante bien habría podido abstenerse de suscribir el acta y dejar TRANSMILENIO liquidara unilateralmente el contrato. Pero ello no ocurrió, y la contratista optó, en ejercicio soberano de su voluntad, por suscribirla y dejar sentadas en ella sus salvedades.
(...)"*

Además, como bien se sabe, los vicios de voluntad relativos a estas causas de invalidez de los actos jurídicos demandan una expresa y minuciosa descripción y prueba, desde luego que no pueden bastarse en afirmaciones genéricas, pues de ser ello así, necesariamente deben concluir en su rechazo, que es lo que respetuosamente solicito se resuelve en el presente asunto". (Cursiva fuera de texto original).

Por su parte, la parte convocante SI 03 S.A en el escrito con el que descorre el traslado de excepciones, consagró las razones por las cuales considera improcedente la excepción formulada por Transmilenio S.A., indicado a folio 328 del cuaderno principal 2, lo siguiente:

*"Al proponer esta "excepción", la apoderada de la parte Convocada hace énfasis en el término "**exigió**" que fue utilizado en la demanda con el propósito de referirnos al derecho que, TRANSMILENIO S.A., erróneamente, consideró ostentaba para exigir la reversión sobre los 119 vehículos automotores -buses*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

alimentadores- a la finalización del Contrato, tal y como lo consignó en el Acta de Liquidación.

La apoderada recalca sobre dicho término "exigió", para partiendo de allí, y sobre argumentos inexistentes en el libelo de demanda, construir una teoría de fuerza o dolo en la formación de la voluntad de SI 03 S.A. que se exteriorizó en la firma del Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión 449 de 2003, sin que tal situación, se reitera, haya sido en absoluto objeto de cuestionamiento y por ende de argumentación en la demanda.

En efecto, por parte alguna en el texto de la demanda se ha aludido, siquiera de manera sugerente, a la existencia de estos dos vicios en la formación del consentimiento del Concesionario SI 03 S.A., lo que afectaría la validez del acto jurídico de liquidación, tal como lo plantea la apoderada de la Convocada en la formulación de la excepción.

El hecho a partir del cual se construye la excepción por parte de la apoderada de TRANSMILENIO S.A., esto es, la invalidez del acto jurídico de liquidación por la existencia de vicios en el consentimiento (fuerza y dolo), no corresponde a la realidad que se presenta en la demanda y, por esa potísima razón, no hace parte del escrito de la demanda, ni es origen de ninguna de las reclamaciones judiciales que allí se plantean."

Revisadas las argumentaciones de las partes dentro del trámite arbitral, encuentra el Tribunal que tal y como lo señala la convocante SI03 S.A., la excepción planteada por Transmilenio S.A. partede la concepción errónea de que en la demanda reformada se hizo alusión a dos vicios del consentimiento en la suscripción del acta de liquidación del contrato 449 de 2003: fuerza y dolo.

Basta revisar los hechos de la demanda reformada para corroborar que SI03 S.A. no se refiere en su argumentación jurídica a la existencia de vicios en el consentimiento al momento de suscribir el acta de liquidación del contrato de concesión, sino que presenta para análisis y resolución del tribunal una de las glosas consagradas por la convocante en dicho documento, consistente en la aplicación de la facultad de reversión por parte de Transmilenio S.A., a la terminación del acuerdo de voluntades, sin que mediara disposición legal o contractual que así lo permitiera, lo cual no significa que la aquí demandante haya planteado la existencia de vicio del consentimiento alguno.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Aunado a lo anterior, resalta el Tribunal que las partes convocante y convocada, coinciden en afirmar la inexistencia de tales vicios del consentimiento y otorgan plena validez a lo acordado y glosado en el acta de liquidación del contrato 449 de 2003, razón por la cual, este Panel Arbitral sin extender más su análisis declara improcedente la excepción planteada por Transmilenio S.A. en el numeral 3 de la contestación a la demanda reformada.

Caducidad de la acción de las pretensiones principales 9., 10. Y 11.; y primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11. De la reforma de la demanda.

La convocada planteó la referida excepción con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Como es sabido, en los términos del artículo 94 del Código General del Proceso, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del término de un año contado desde el día siguiente a su notificación al demandante.

El punto a resolver es lo que acontece cuando, habiendo sido presentada en tiempo la demanda, posteriormente el demandante la corrige, adicionando o modificando sus pretensiones originales, encontrándose por fuera del término de caducidad de la acción. En ese escenario, resulta evidente que las pretensiones corregidas o adicionadas habrían sido presentadas cuando frente a ellas ya se ha consumado, ora su prescripción, ora su caducidad.

El honorable Consejo de Estado, en reciente sentencia de fecha 7 de diciembre de 2017 expuso:¹⁴

"3.2.2 Ahora bien, respecto a las agregaciones a la demanda o peticiones diferentes a las manifestadas en un comienzo, esta corporación ha señalado que se debe verificar la no configuración del término de caducidad, so pena de que el aditamento respectivo elevado extemporáneamente sea rechazado al momento de aceptarse la reforma

¹⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 7 de diciembre de 2017, Consejera Ponente Stella Conto Díaz Del Castillo, Radicado 2500023260002004017051 (35770), Actor: Sociedad de Comercialización Internacional Flores de Suesca S.A., Demandadas: Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

de la demanda, o se deniegue su procedencia al instante de proferir el fallo.

3.2.3 A ese entendimiento, como lo puso de presente la EEB ESP y el agente del Ministerio Público delegado ante esta corporación, se ha circunscrito esta Sección, quien, además, de manera reciente unificó su jurisprudencia en esa dirección al evidenciar la necesidad de verificar el fenómeno procesal de la caducidad respecto de todas las nuevas pretensiones que se eleven en ejercicio del derecho de acción, incluso cuando ello suceda en el marco de la presentación de un escrito de adición de una demanda inicialmente interpuesta.”

Delineados estos planteamientos jurisprudenciales, en el presente asunto, ocurre lo siguiente:

En las pretensiones principales número 6., 7. y 8.; y en la subsidiaria a la pretensión principal número 8., la demanda inicial enlista las consecuenciales a la pretensión 3. de que se declare que TRANSMILENIO S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003.

Sin embargo, en las pretensiones principales de la reforma de la demanda números 9., 10. y 11.; y en las dos (2) subsidiarias a la pretensión principal número 11., la reforma de la demanda incorpora resarcimientos superiores a los pedidos en las pretensiones originales. En efecto:

(i) La pretensión 6. de la demanda original y la 9. de la demanda reformada

En la pretensión 6. original se solicita la suma de \$ 9.944.020.800 relativos al valor total de los 119 buses revertidos, pero en la pretensión 9. de la reforma de la demanda esta pretensión se eleva a \$ 11.155.979.946. Es decir que incrementa lo pretendido en \$ 1.211.959.146.

(ii) La pretensión 7. de la demanda original y la 10. de la demanda reformada

En la pretensión 7. original se pide, a título de indexación, la cantidad de \$1.397.983.339, liquidada a agosto de 2017, sin señalar la fecha desde la cual debe producirse esta indexación, pero en la pretensión 10. de la reforma de la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

demanda esta indexación se pide desde abril de 2015 hasta marzo de 2018, y se determina en \$ 1.850.233.172. Es decir, se señala una fecha inicial y se aumenta la indexación en \$ 452.249.833

(iii) La pretensión 8. de la demanda original y la 11. de la demanda reformada

En la pretensión 8. original se demanda la suma de \$ 5.141.8312.751, a título de intereses comerciales moratorios liquidados al mes de agosto de 2017, sin indicar la fecha inicial de su causación, pero en la pretensión 11. reformada se demanda la suma de \$ 9.147.607.245 por el mismo concepto desde marzo de 2015 hasta marzo de 2018.

(iv) La pretensión subsidiaria 8. de la demanda original y las pretensiones primera y segunda subsidiarias de la pretensión 11. de la demanda reformada

En la pretensión subsidiaria a la pretensión 8. original se demanda la suma de \$ 3.152.596.613 por concepto de intereses comerciales corrientes sobre el capital al mes de agosto de 2017, o el valor que arroje la tasa de interés que el Tribunal considere aplicable, y en las pretensiones primera y segunda subsidiarias a la pretensión 11. de la reforma de la demanda, se solicitan, subsidiariamente, las sumas de (i) \$ 4.047.657.696, equivalentes a los intereses establecidos por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, sobre el capital indexado, desde marzo del año 2015 hasta marzo del año 2018, y (ii) \$ 6.365. 357.666 equivalentes a los intereses comerciales corrientes sobre el capital desde el mes de marzo del año 2015 hasta el mes de marzo del año 2018. En este último caso se pretende una suma superior a la pretendida en la demanda original.

Como puede apreciarse, la reforma de la demanda, en cuanto hace al petitum analizado, comprende unas pretensiones, en su cuantía, diferentes de las que se relacionaron en la demanda original, porque comprenden, a título de condena, cantidades superiores a las originalmente recabadas.

Así las cosas, resulta claro que la reforma de la demanda ha sido utilizada por la sociedad SI 03 S.A. para incorporar en ella pretensiones que no fueron relacionadas en la demanda original, luego, por fuerza de esta situación, debe concluirse que la reforma, en cuanto hace a tales sumas superiores de dinero,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

constituye un petitum que por haber sido presentado¹⁵ por fuera del término de dos (2) años contados desde la liquidación bilateral del Contrato de Concesión No.449 de 2003, que en el presente asunto ocurrió el 25 de septiembre de 2015, comporta el ejercicio de una acción afectada de caducidad, razón por la cual en la sentencia correspondiente, deberá así declararse, pronunciamiento que, respetuosamente, solito que haga el honorable Tribunal, con fundamento en lo que establece el artículo 164 del, literal j) ordinal iii), que reza:

"Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

*iii) **En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta.***

(...)" (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

La convocada al descorrer el traslado de las excepciones manifestó:

4.- "Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales 9., 10. y 11.; y primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11. de la reforma de la demanda."

Señala la apoderada de la parte Convocada como argumento para formular esta excepción de caducidad, en síntesis, lo siguiente: (...)

Como se observa, la excepción se fundamenta, básicamente, en que existe un aumento en el quantum de las pretensiones indemnizatorias formuladas inicialmente en la demanda respecto a las sumas que fueron señaladas en las pretensiones de la reforma a la demanda, frente a lo cual se afirma que las cantidades de dinero inicialmente pretendidas no podían ser corregidas, adicionadas o modificadas en el momento en que lo fueron (reforma a la

¹⁵ La reforma de la demanda se presentó el 10 de abril de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

demanda inicial) porque ello se hizo con posterioridad a la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la acción.

La caducidad alegada por la apoderada de la Convocada carece de fundamento legal y fáctico en la medida en que, i) conforme al artículo 94 del Código General del Proceso, dada la presentación de la demanda en tiempo, se hallaba interrumpida la prescripción del derecho e inoperante el término de caducidad de la acción, y ii) resulta perfectamente posible corregir la demanda y ella lo fue oportunamente conforme al artículo 93 del C.G.P., como pasa a explicarse:

i) El artículo 94 del Código General del Proceso señala, en lo pertinente, lo siguiente: (...)

Como se desprende de la lectura de la norma transcrita, el término de la prescripción del derecho se interrumpe con la presentación de la demanda e impide que se produzca la caducidad de la acción, siempre que el auto admisorio de la demanda se haya notificado al demandado dentro del término de un (1) año siguiente a la notificación de la providencia al demandante.

En el caso que nos ocupa la demanda fue presentada -oportunamente- dentro del término de dos (2) años previsto por la ley para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contabilizados a partir del día siguiente a la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, tal y como lo acepta la apoderada de la convocante en el mismo escrito de excepciones y sobre lo que no existe discusión o excepción alguna.

La anterior situación produjo como efecto que, a términos del artículo 94 del C.G.P., se interrumpiera el término de prescripción impidiendo, de ese modo, que se produjera el fenómeno jurídico de caducidad de la acción.

Resulta claro, además, que el auto admisorio de la demanda fue notificado a la Convocada dentro del año siguiente a aquel día en que se notificó el mismo a la parte Convocante, razón por la que en ningún caso se reanudó, bajo los efectos de la norma citada, la contabilización del término de prescripción y con éste el de caducidad.

ii) La Ley ha previsto un mecanismo para corregir, aclarar y reformar la demanda presentada, situación que ocurrió dentro de este proceso arbitral con observancia plena de las reglas procesales establecidas por el legislador, en cuanto a la oportunidad y la forma en que debe realizarse.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Es pertinente traer a colación la norma procesal que regula lo relativo a la corrección, aclaración y reforma de la demanda.

El artículo 93 del Código General del Proceso dispone al respecto: (...)

En efecto, en relación con la corrección, adición y reforma de la demanda es irrefutable que, de una parte, dentro de la oportunidad prevista por el artículo 93 del Código General del Proceso, fueron corregidos los valores señalados inicialmente como quantum indemnizatorio, y de otra parte, que dicha corrección es el resultado de un nuevo cálculo aritmético coherente y vinculado a los resultados y conclusiones que arrojaron los dictámenes periciales aportados junto con la reforma a la demanda, dictámenes éstos que, como pruebas, fueron aportadas en respaldo de las pretensiones, tal y como lo permite el numeral 1 del artículo 93 del C.G.P. transcrito.

*Existiendo la posibilidad legal de reformar la demanda para prescindir de algunas pretensiones **o incluir nuevas**, no es esto lo que ocurre en el asunto que nos ocupa, en realidad, las pretensiones sobre las que se planteó la excepción de caducidad fueron formuladas desde la demanda inicial pues su naturaleza es **CONDENATORIA**, o si se quiere consecencial a las pretensiones de naturaleza **DECLARATIVA** (por lo que resultan inescindibles unas de otras).*

*En relación con lo anterior, la misma apoderada, al comparar las pretensiones condenatorias **iniciales** con las pretensiones condenatorias **reformadas**, acepta que las segundas **preexisten** a la reforma de la demanda, luego se limita a cuestionar de forma expresa y puntual la variación de los montos que se pretenden como indemnización.*

La aludida variación (aumento del quantum) no comporta propiamente la inclusión de una nueva pretensión, aunque, como lo establece la norma del artículo 93 del C.G.P., procede tal posibilidad sin que ello dé lugar a cuestionar en manera alguna su formulación.

Acorde con la simple literalidad de la norma aludida, es procedente formular pretensiones nuevas hallándose interrumpido el término de caducidad de la acción conforme al artículo 94 del C.G.P., y lógicamente, con mayor razón, puede corregirse la cifra numérica consignada en cada una de las pretensiones formuladas desde la demanda inicial -oportunamente presentada-, bajo las mismas condiciones de interrupción del término de caducidad.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Lo anterior significa que, la reforma a algunas de las pretensiones de la demanda, se itera, simplemente numérica, fue presentada encontrándose interrumpido el término de prescripción y, en virtud de ello, inoperante el término de caducidad de la acción, o lo que es lo mismo, la reforma a algunas de las pretensiones fue presentada dentro del término previsto para el ejercicio de la acción de controversias contractuales.

*Finalmente, además, cabe precisar, que con la reforma presentada no se está desconociendo el mandato del numeral 2. del artículo 93 del C.G.P. que prohíbe sustituir "... la totalidad de las personas demandantes o demandadas **ni todas las pretensiones formuladas** en la demanda ..." pues dichas correcciones no comportan la sustitución total de los pedimentos ya que, simplemente, luego de la corrección, variaron las sumas de dinero por las cuales se ha solicitado al Tribunal de Arbitramento proferir condena en contra de TRANSMILENIO S.A, a título de indemnización de perjuicios.*

En resumen:

i) La corrección, aclaración o reforma de la demanda radicó, en este específico punto, en la variación de las sumas pretendidas a título de indemnización de perjuicios (capital, indexación e intereses), a partir de lo que evidenció la prueba pericial aportada junto con la reforma a la demanda, situación que, evidentemente, no comporta la sustitución de las pretensiones.

ii) La corrección, aclaración o reforma de la demanda se presentó con estricta observancia de las reglas establecidas por el artículo 93 del C.G.P., no sólo en cuanto a la oportunidad procesal en la que debía hacerse sino, además, en cuanto a los aspectos de la demanda que pueden, conforme a la ley, ser objeto de corrección, aclaración o reforma.

iii) La corrección, aclaración o reforma de la demanda se efectuó oportunamente dentro del término de caducidad de la acción que, como se explicó, se interrumpió -bajo los supuestos del artículo 94 del C.G.P.- desde el 22 de septiembre de 2017, fecha en que fue presentada la demanda.

La formulación de esta excepción y la consecuente expectativa de que ella sea declarada próspera en el laudo que haya de proferirse, desconoce abiertamente las previsiones de los artículos 93 y 94 del C.G.P., por lo que, respetuosamente, solicito a los Honorables Árbitros desestimarla.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El Tribunal considera que le asiste razón a la convocante, cuando afirma que las pretensiones respecto de las cuales se solicita la declaratoria de caducidad fueron presentadas al momento de presentar la demanda original, y que en la reforma integral a la demanda, solamente se modificaron las cuantías de cada una de ellas, razón por la cual para el Tribunal no se configura la caducidad respecto de las pretensiones principales 9., 10. Y 11.; y primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11.

Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación.

Por no estar llamadas a prosperar las pretensiones de condena no hay lugar a pronunciarse sobre esta excepción, así debe de indicarse en el aparte en el cual el Tribunal anuncia la no prosperidad de pretensiones de condena.

Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor pretendido por los vehículos objeto de reversión.

Por no estar llamadas a prosperar las pretensiones de condena no hay lugar a pronunciarse sobre esta excepción, así debe de indicarse en el aparte en el cual el Tribunal anuncia la no prosperidad de pretensiones de condena.

La sociedad SI03 a la fecha no ha realizado la tradición a Transmilenio S.A. de setenta y cuatro (74) buses alimentadores.

Mediante escrito radicado por la parte convocante el veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019) se informó al Tribunal que ya se había efectuado el traspaso de la propiedad de 92 de los 119 vehículos, aportando junto con el escrito los certificados de tradición, los 27 restantes no se habían podido efectuar debido a que debía intervenir las entidades financieras.

Esta excepción no está llamada a prosperar por cuanto ya fue definido por el Tribunal, que no debía efectuarse la reversión sobre los vehículos.

Consideraciones acerca del Daño.

Para demostrar el monto o cuantificación del perjuicio alegado la parte convocante, tal como lo señala en sus alegatos el concesionario, SI 03 S.A., aportó un dictamen pericial, obrante a folios 1 a 157 del cuaderno 5 de pruebas + CD visible a folio 100 del cuaderno 3 de pruebas del expediente, en el cual se señala un valor equivalente al avalúo de los vehículos, dictamen que fuera elaborado por A&G Ingeniería Aplicada

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

LTDA, a 31 de marzo de 2018, el que incluye tanto la indexación, como los intereses de mora comerciales, intereses de la ley 80 de 1993 e intereses comerciales corrientes, tal y como se consigna en la primera parte del dictamen pericial rendido por Strategas Consultores, a folios 1 a 94 del cuaderno 4 del expediente.

La prueba pericial de A&G, advierte que nunca se tuvieron a la vista ninguno de los buses objeto del presente estudio (Introducción al desarrollo de la pericia.)

En el escrito de la firma A&G, también se advierte que la labor valuatoria de la Flota de Alimentadores de SI03 fue realizada basada en los conocimientos Académicos, técnicos y por los demás dados por la experiencia, teniendo en cuenta uno de los métodos sugeridos por las Normas Internacionales de Contabilidad, NIIF – IFRS para la determinación del valor razonable (VRZ), en especial la IAS 16, la cual tradicionalmente ha sido tenido en cuenta como primera opción para determinar el valor comercial (Valor razonable) de los activos en cuestión.

Igualmente, como parámetro de su trabajo expresa que se tuvo en cuenta, el valor residual (VRES) de los buses; el concepto de valor razonable (VRZ), el valor de reposición obtenidos a partir de las facturas de compra de los vehículos, y proyectado a la fecha del informe.

Los valores obtenidos se deflactaron algunos valores (vid. Pág. 8 del dictamen de A&G) “suministrados a la fecha de elaboración de este dictamen (Marzo 26 de 2015), utilizando de la misma manera las tablas del IPC emitidas por el DANE y se utilizó el método de interpolación lineal utilizando cilindrajes diferentes (Uno de mayor cilindraje y otro de menor cilindraje), pero dentro de las mismas marcas. Este procedimiento se practicó para los “chasis” marca Chevrolet, de los que se tomó el valor de Reposición de La Revista motor del mes de marzo de 2.018. Se realizaron cálculos basados en el kilometraje de cada uno de los vehículos.

Como fundamento de su dictamen, informó que “Para determinar el estado de los buses se tomó la información consignada en el acta de entrega de vehículos restituidos en reversión dentro del contrato de concesión 449 de 2003 y en sus anexos. Los buses en ningún momento fueron tenidos a la vista.”

Luego de introducir el glosario de términos empleados para la rendición de la pericia, reiteró que “Se trata de vehículos de uso medianamente especializado y que solamente pueden ser requeridos por empresas con objetivos sociales similares a la que nos ocupa. Este factor (F.C.) no se tuvo en cuenta para obtener el valor razonable, por desconocer el mercado de los mismos.”, entre ellos la vida útil del remanente. (REM),

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El dictamen de contradicción se ocupa de definir lo que se entiende por Valor razonable de acuerdo con la norma internacional de información financiera 13, según la cual Valor razonable es una medición del Valor basado en el mercado; que la medición del Valor razonable supone que el activo o pasivo que se intercambian en una transacción entre participantes del mercado para vender el activo otras y transferir el pasivo, en la fecha de medición en condiciones de mercado presentes.

Asevera el perito de contradicción que la medición a Valor razonable de un activo financiero (por ejemplo, buses), según el párrafo 27, debe tener en cuenta la capacidad del participante del mercado para generar beneficios económicos mediante la realización del activo en su máximo y mejor uso, o mediante la venta a otro participante del mercado que utilizara el activo en su máximo y mejor uso.

A folio 16 del dictamen de contradicción se relacionan, seguidamente, las técnicas de valoración del Valor razonable: enfoque del mercado, enfoque del costo, enfoque del ingreso.

Precisa el mismo documento que se acaba de indicar, en la pág. 17, que para un nuevo entendimiento se podrían resumir los anteriores enfoques de la siguiente manera:

Valor de mercado (enfoque de mercado). Valor en que se cotiza el mismo activo, o sea un activo idéntico comparable, en un mercado activo, es decir, el activo se mueve en el mercado actual y su precio es de fácil obtención.

Costo de reposición (enfoque del costo) es el precio de un activo igual o similar que puede obtenerse en el mercado para reponer el activo y puede reemplazar la capacidad de servicio del mismo. En otras palabras, el activo que el reemplaza cumplirá las mismas funciones de uso del activo a reemplazar. En este caso el cálculo del Valor razonable afectado por la obsolescencia económica del activo a reemplazar.

Valor actual de los flujos futuros esperados. (enfoque del ingreso) convierte cantidades futuras en una sola cantidad a Valor presente descontado. Los activos se llevan contablemente a Valor presente descontando las entradas netas de efectivo que se espera genere el activo en el curso normal de la operación.

Pasa a ocuparse el dictamen de la pregunta 2 de TRANSMILENIO, concerniente a determinar cuál es el método de valoración que reflejara con mayor precisión el Valor Razonable de un bus de transporte público de pasajeros bajo las normas Internacionales de Información Financiera –NIIF –; informa la pericia que tiene

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

importancia la información recopilada para efectos del cálculo del Valor razonable; que la información confiable que se utilice como incluso en el modelo para el cálculo del Valor razonable, es un factor determinante en el resultado final que es estimar para mayor acierto el Valor razonable de un activo.

Entra, entonces, a tratar de la jerarquía o confiabilidad de la información; indica la jerarquía que se determina en el párrafo 72 de la norma en cita, al precisar que para incrementar la coherencia y comparabilidad de las mediciones del Valor Razonable e información relacionada, se establece una jerarquía de Valor Razonable, que clasifican en tres niveles los datos de entrada de técnicas de valoración utilizados para medir el Valor razonable.

La jerarquía de Valor Razonable conceder la prioridad más alta a los precios cotizar (sin ajustar) en los mercados activos para activos y pasivos idénticos (datos de entrada de Nivel 1), y la prioridad más a baja los datos de entrada no observables) datos de entrada de Nivel 3.)

El párrafo 86, por su parte, señala que los datos de entrada del nivel tres son los datos de entrada observadas, y el 87 autoriza su utilización para medir el Valor razonable cuando los datos de entrada observables no están disponibles, teniendo en cuenta en esa eventualidad situaciones en las existe poca, si alguna actividad del mercado para la activo o pasivo en la fecha de la medición.

(Pág. 19) Las precisiones anteriores, permitirán al Tribunal evaluar precisamente el contenido y el alcance de las pruebas periciales aportadas, tanto por la parte convocante como por la convocada, auxiliado por lo sostenido en el dictamen de oficio decretado y practicado dentro del expediente, de conformidad con la previsión del artículo 231 del Código General del Proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la solidez, claridad, y precisión de los fundamentos, y las demás pruebas que obran en autos.

Frente al Dictamen Pericial elaborado por la firma A&G, Ingeniería Aplicada LTDA, fueron presentados al proceso por la parte Convocada, TRANSMILENIO S.A., en un solo escrito, dos dictámenes periciales, el primero consistente en la contradicción del dictamen pericial allegado por la Convocante y, el segundo, un nuevo dictamen o avalúo sobre el valor de los vehículos revertidos por SI 03 S.A a TRANSMILENIO S.A. Estos dos dictámenes fueron elaborados por el perito GUILLERMO OROZCO PARDO y obran a folios 1 a 141 + CD folio 142 cuaderno 7 de pruebas del expediente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El perito GUILLERMO OROZCO PARDO hizo observaciones al dictamen elaborado por A&G Ingeniería Aplicada LTDA que calificó, en el suyo, estar incurso en error grave.

En el dictamen pericial rendido por la firma A&G Ingeniería Aplicada LTDA., el perito anuncia que acudió a las normas internacionales de información financiera y contable - NIIF- relativas a la determinación del valor razonable de propiedad, planta y equipos, y a las normas internacionales de contabilidad -NIC-, específicamente a la norma NIC 16, con base en las cuales realizó el trabajo encomendado, el que consistió en establecer el valor razonable de 119 vehículos.

De conformidad con la NIIF 13, observó que existen tres enfoques (mercado, costo e ingreso) válidamente aplicables, a términos de dicha norma (NIIF 13), con miras a obtener el valor de reposición de los bienes, siendo el enfoque de costo el escogido por el perito con tal fin.

Ese valor de reposición de los bienes, en algunos casos, se determinó como resultado de la operación de indexación de los valores consignados en las facturas de compra de los vehículos revertidos y, en otros casos, frente a los cuales no se contó con tal documento, (factura de compra), se recurrió a la información observable contenida en revistas especializadas sobre bienes similares disponibles en el mercado para, a partir de allí, y luego de deflactar dicho valor, obtener el valor de reposición.

Una vez obtenido así el valor de reposición, aplicó el método de depreciación lineal a la que según él refiere la NIC 16 mediante una fórmula de matemática financiera que tiene en cuenta, entre otros factores la edad de los vehículos, la vida útil de los mismos "(es decir, la cantidad de kilómetros que, conforme al Contrato No. 449 de 2003, se señaló como tal para cada vehículo, esto es 900.000 kms)". Operaciones que arrojaron, según el perito, el valor comercial o razonable de los vehículos.

La información sobre los precios de los vehículos que utilizó el perito fue la consignada en las facturas de compra (no todas acompañan la experticia para los 108 vehículos), en aquellos casos en los que no contó con las facturas, en los que no fue posible conocer el precio de compra, acudió a revistas especializadas en las que se consigna el valor de bienes similares en el mercado activo (11 buses).

Por lo demás, en el dictamen de contradicción al rendido por A&G, se sostuvo que el dictamen sólo proporcionaba los resultados de los cálculos que A&G dice haber efectuado, y tampoco se anexaron las facturas de compra de los 119 buses evaluados, pues sólo se aportaron 23, es decir las que correspondían al 19% de ellas, circunstancias en las cuales no era posible verificar si los valores que sirvieron de base

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

a tales cálculos correspondían exactamente al precio de compra de los buses, si cada cifra está debidamente soportada y si los cálculos fueron correctamente realizados.

En las pretensiones de la reforma de la demanda y en el Juramento Estimatorio solicita la convocante como base de una eventual condena, en su orden:

"9.- CONDÉNESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03 S.A, la suma de ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$11.155'979.946.00), o la que resulte probada, equivalente al valor de la Flota revertida, conformada por 119 vehículos automotores -buses alimentadores-, vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003."
Más adelante en "JURAMENTO ESTIMATORIO" establece:

"Se estima que los valores que debe pagar la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S.A.-, a título de indemnización de perjuicios, son los siguientes:

- Indemnización debida: calculada sobre el valor comercial de cada uno de los vehículos automotores -buses alimentadores- entregados a TRANSMILENIO S.A. por parte de SI 03 S.A., expresada a la fecha de entrega de los vehículos – buses alimentadores (26 de marzo de 2015)..."

Observa el Tribunal que en parte alguna de las sumas señaladas por concepto de indemnización de perjuicios en las anteriores manifestaciones fueron vinculadas a algunos de los conceptos correspondientes a la indemnización del Daño (artículo 1614 del Código Civil) ya por lucro cesante, ya por daño emergente; idéntica ausencia presentan las sumas señaladas como correspondientes al valor de la flota de buses en cada una de las experticias presentadas en el proceso, lo indica falta de idoneidad en la formulación su realización; en la pretensión No 9 solicita se indemnice de acuerdo con valor de la flota, y en el juramento estimatorio solicita que dicho valor sea el comercial.

Las anteriores circunstancias acuden de manera conjunta en desmedro de la certeza que debe asistir al Tribunal, no solo respecto de la ocurrencia del daño, sino de la dimensión o cuantificación del mismo, a fin de poder proceder a despachar de manera positiva la solicitud de condenas que efectúa la parte convocante.

Adicionalmente, y en este mismo sentido, encuentra el Tribunal que al momento de la entrega de los vehículos se hicieron varias observaciones en relación con el estado

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

técnico y mecánico los buses (Ver folios 197 y siguientes del cuaderno de pruebas No 1), de tal manera que unos presentaban condiciones funcionales diferentes, circunstancia que en manera alguna tuvo relevancia para los peritos evaluadores en sus experticias, y que sin duda, al igual que ocurre con cualquier vehículo o maquinaria, tenía que influir en la determinación del valor reclamado, por cada uno, y de tal manera en la determinación del valor total de la flota de la que hacían parte.

Se repite, en ninguno de los peritajes, en ninguno de ellos, se hizo referencia al estado funcional de los vehículos que conformaban la flota a ser valorada, bien al momento de su entrega, bien al de la terminación del contrato, ausencia que acude, en sumatoria a las anteriormente señaladas, a causar incertidumbre, que no certeza, respecto al monto del perjuicio y su correspondiente indemnización, por las experticias no generan confiabilidad en la prueba del monto del perjuicio o daño indemnizable.

La reducida vocación de comerciabilidad de los vehículos que fueron vinculados al servicio público tampoco fue una consideración presente de manera y cuantificada en la valoración efectuada en las experticias, por el contrario, como quedó dicho, respecto de algunos vehículos cuyas facturas o precios de adquisición no estuvieron al alcance de los peritos, el valor comercial de vehículos similares en revistas especializadas fue utilizado para su valoración, como si no tuvieran restricción comercial alguna distinta a su propia condición técnica y mecánica y para un mercado abierto. Es claro como el artículo (34 o 74) del contrato señaló en total desmedro de su comercialización:

"CLAUSULA 34. EXCLUSIÓN DE VEHÍCULOS

Los vehículos solo podrán mantenerse vinculados al servicio si se conservan en perfectas condiciones de tránsito, equipados de conformidad con las leyes, reglamentos, normas y procedimientos aplicables a la materia, con las instrucciones impartidas por las autoridades competentes o por TRANSMILENIO S.A. en su condición de gestor del Sistema, con lo previsto en el presente contrato y en los reglamentos y manuales expedidos por TRANSMILENIO S.A. vigentes y los que adopte en el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, TRANSMILENIO S.A. podrá excluir del servicio, sin indemnización alguna, los vehículos que presenten una o varias de las siguientes situaciones:

34.1 Haber recorrido más de novecientos mil (900.000) kilómetros.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

34.2 Cuando a juicio de TRANSMILENIO S.A. el vehículo presente riesgos para la seguridad de los pasajeros.

34.3 Cuando el vehículo presente deficiencias que tengan incidencia directa o indirecta en una contaminación sonora o del aire, superior a los límites previstos en el presente contrato o en la ley.

34.4 Cuando el vehículo presente modificaciones técnicas o mecánicas respecto de la tipología inicial del vehículo, que no hayan sido aprobadas por TRANSMILENIO S.A., o no tengan la autorización expresa mediante estudio técnico del fabricante o proveedor de vehículos.

34.5 Cuando el vehículo haya sufrido accidentes que afecten gravemente su estructura y/o se encuentre en riesgo la seguridad de los pasajeros.

Una vez cumplida la vida útil de novecientos mil (900.000) kilómetros por bus alimentador, el vehículo será desvinculado por TRANSMILENIO S.A., y el concesionario deberá retirarlo del servicio público de transporte en Bogotá D.C. y proceder a su desintegración física.

Los buses que no hayan vencido su vida útil a la terminación del contrato podrán ser transados por el concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores del Sistema TransMilenio de Bogotá, que requieran de tal flota para el desarrollo de su actividad."(Subrayados no pertenecen al texto)

Por otro parte, la convocante y convocada al presentar los cálculos de sus respectivos peritos tendientes a cuantificar el impacto económico generado a la Convocante por cuenta de la solicitada reversión de los vehículos, igualmente presentaron sus argumentos al respecto en la audiencia de contradicción e hicieron objeciones recíprocas, como quedó anteriormente señalado, con fundamento en posibles interpretaciones erróneas de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) y a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) o el carácter inadecuado de las que se utilizó.

Sin embargo, observa el Tribunal, que el objeto de las experticias era la determinación de una cifra que correspondiera al monto indemnizable que pudiera haber sufrido la Convocante como consecuencia de los hechos mencionados, no lo era el de determinar la metodología más adecuada para consignar este monto en sus libros contables, así las cosas, la determinación real de esa cifra ha debido hacerse desde el punto de vista financiero con la utilización de las normas y la metodología establecidas en la NIIF 13,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

que el tribunal juzga idóneas para el logro del objetivo buscado, a fin de establecer de la mejor forma el valor razonable de los automotores y del lote del cual hacían parte.

Las Experticias presentan adicionalmente otras falencias a juicio del Tribunal, pues:

En el dictamen pericial elaborado por la firma A&G., Ingeniería Aplicada Ltda., aportado por la Convocante, a contrario sensu de lo afirmado por el perito en la audiencia de contradicción del dictamen pericial, no se aportó la totalidad de las facturas que sirvieron de base para los cálculos, tal como se dejó señalado precedentemente.

El perito de la Convocante calculó unos “valores de reposición” de los vehículos con base en algunas facturas de compraventa de los mismos, no la de todos, por lo que para estos últimos tuvo que calcular el valor del chasis a prorrata de su cilindraje (el proporcional entre el uno más alto y uno más bajo) según los precios que figuraban en la revista Motor, ejercicio que demuestra que no aportó la totalidad de los soportes o facturas.

Como es lógico concluir, el dictamen de parte aportado por la convocante adolece de deficiencias que impiden ser acogido por el Tribunal; de una parte, porque dicho dictamen no se basó siquiera en la evaluación directa y física de los vehículos entregados por la accionante a la convocada; la asunción de su estado de conservación y funcionamiento se fundamentó en una información indirecta, sin precisar ni indicar puntualmente las razones y motivos precisos que llevaron al perito a asumirlas lisa y llanamente, de modo que su incidencia en la determinación del valor asignado y establecido por A&G., para los buses no resulta verificado, ni es confiable; la práctica de la prueba requiere, al menos, la apreciación física y directa de los bienes por evaluar, exigencia cuya satisfacción brilla por su ausencia en el sub lite.

De otra parte, verificado el propósito, alcance y condiciones de validez de las evaluaciones hechas por el perito A&G, con aplicación de las normas NIIF 16, es claro que, dada su finalidad fundamentalmente contable, no eran las idóneas para sustentar fundadamente una valoración de la flota de buses, que debía tener como base elementos económicos y financieros los cuales no fueron considerados, utilizados, ni establecidos en la pericia que se comenta.

Finalmente, siendo la norma aplicable para establecer el valor económico real de los bienes por evaluar, la NIIF 13, que menciona el perito que impugna la prueba controvertida, es claro, como del propio dictamen materia de controversia se desprende, que no existe un mercado activo en el cual el tipo de bienes por evaluar

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

tuviera vivencia y ocurrencia, y tampoco que tuviera la dinámica de la competencia para fijar un precio razonable para el tipo de bienes que se ha indicado.

Tampoco se acudió a un método o procedimiento supletivo adecuado para paliar la ausencia de un mercado activo en el cual se transaran contratos de compraventa u otros interesados en la utilización de los ese tipo de buses, de modo que se hubiera podido superar la carencia de una dinámica comercial y de precios para establecer razonablemente el avalúo de los buses.

En el dictamen de parte aportado a los autos, A&G manifestó que se trataba de vehículos de uso medianamente especializado y que solamente pueden ser requeridos por empresas con objetivos sociales similares a la de que se ocupaba.

Este factor (F.C.) no se tuvo en cuenta para obtener el valor razonable, por desconocer el mercado de los mismos.

La precedente manifestación sería suficiente para que el Tribunal considerara no establecido en forma real el precio comercial de los buses.

La restricción contractual aceptada por las partes en lo que a la comerciabilidad y condiciones de venta eventual de los buses cuya vida útil no hubiera culminado, no aparece considerada, ni ponderada en el proceso de determinación de los precios de los automotores objeto de la pericia.

No se diga que con base en solo los precios de los chasis pudiera establecerse el precio real de los bienes evaluados; esa actividad puede ser un buen ejercicio de cálculos teóricos, pero no tiene la fuerza demostrativa y contundente para demostrar de los precios reales de vehículos que, en cierta parte, - correspondiente a kilómetros recorridos dentro del desarrollo contractual- quedaban casi fuera del comercio.

La debilidad del dictamen aumenta al considerarse que, con este sistema, se dejaron de avaluar los buses de marcas distintas de la Chevrolet, como los 22 de la Mercedes Benz.

Además, se precia que el propio dictamen de A&G expresa que se utilizó el método de interpolación lineal utilizando cilindrajes diferentes (Uno de mayor cilindraje y otro de menor cilindraje), pero dentro de las mismas marcas. Este procedimiento se practicó para los "chasis" marca Chevrolet, de los que se tomó el valor de Reposición de La Revista motor del mes de marzo de 2.018.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La anterior manifestación deja sin establecer, ni conocer, el precio calculado con ese método de los demás buses integrantes de la flota.

Las evaluaciones de bienes en revistas especializadas en informar sobre precios de vehículos, las cuales no tengan el carácter de cuerpos especializados en realizar peritajes con destino a las autoridades o a los particulares, no tienen por sí solas valor probatorio en materia judicial, siquiera fuera por la simple consideración de que sus cálculos no han sido sometidos a controversia entre las partes en litigio, con plena aplicación del principio audi alteram partem.

Por su parte, el perito Guillermo Orozco Pardo, en dictamen pericial aportado por la Convocada, desarrolla un análisis con base en el ingreso esperado, para el cual utiliza una tasa de costo promedio ponderado del capital (WACC) de 9.05% real cuyas bases de cálculo no se explica, adicionalmente basa sus proyecciones en los resultados de un mero trimestre, sin dar razones por las cuales se efectúa respecto de ese término tan reducido en relación con la duración del contrato de concesión, diez años, al cual se vincularon los buses, lo que puede distorsionar los resultados de la muestra dado que esta no tiene presente el impacto sobre el volumen de pasajeros transportados de las épocas o temporadas de mayor o menor uso del servicio público de transporte, como pueden ser las temporadas de vacaciones, finales de año y el de semana santa.

En su dictamen, el perito Orozco hace uso de un avalúo desarrollado por la firma SERTFIN Ltda., el cual está fechado abril de 2015 y hace referencia a visitas de inspección realizadas los días 21 y 22 de marzo de 2015. El acta de entrega de vehículos restituidos en reversión dentro del contrato de concesión 449 de 2003 fue firmada el 26 de marzo de 2015. En dicho avalúo, la empresa SERTFIN utiliza un esquema de avalúo similar al del perito de la Convocante, basado en la vida útil remanente del activo, la cual calcula con base en la vida útil esperada y el kilometraje acumulado de los vehículos. El cálculo del avaluador SERTFIN tiene dos errores: estima la vida útil de los vehículos en un millón de kilómetros (Ks 1'000.000) en lugar de los novecientos mil kilómetros (Ks 900.000) estipulados en el contrato; adicionalmente no tiene en cuenta que los buses fueron adquiridos para ser utilizados en la ejecución del contrato de concesión únicamente, sin consideración a uso alternativo alguno, por lo que la referencia al mismo para efectos de la metodología de valorización resulta contraria a la realidad de los mismos.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal no habrá de atender las sumas presentadas en los dictámenes arrimados al expediente por las partes como determinantes de manera cierta de la ocurrencia del daño y su valoración, ausencia probatoria por la cual habrá de procederse a negar en la parte resolutive del presente

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Laudo las declaraciones de condena solicitadas por la convocante. Por otra parte, y a consecuencia de la anterior consideración, el Tribunal no habrá de pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por la Convocada con motivo de las pretensiones de condena, las cuales se hicieron consistir en: "Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación" e "Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor pretendido por los vehículos objeto de reversión."¹⁶

¹⁶ Jurisprudencia de las tres altas cortes en torno a la certeza del daño como requisito para que proceda la indemnización:

Sentencia C-1008/10

"5.5. Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado [28]. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que "Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas". (Sentencia C-1008/10)

"Mediante sentencia emitida bajo el radicado 25000232600020050037001, la Sección Tercera del Consejo de Estado refirió que se requiere probar la ocurrencia de los siguientes eventos, para que un daño antijurídico sea indemnizable: (i) certeza, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura, hipótesis o eventualidad, ii) personal, esto es, que sea padecido por quien lo alega, en tanto haga parte de su patrimonio material o inmaterial, bien por la vía directa o hereditaria, iii) lícito, de modo que no recaiga sobre un bien o cosa no amparada por el ordenamiento jurídico, y iv) persistente, en tanto no haya sido previamente reparado por otras vías."

"El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De hay también el desatino de comenzar la indagación con la culpa de la demandada" (Fernando Inestroza. Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa. El Daño, Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, 1998, página 36).

"5.1. El dictamen pericial rendido en el proceso. De conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, pero siempre bajo su directa dirección y responsabilidad inmediata (numeral 2º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil).

En suma, el juez está en el deber de estudiar con arreglo a la sana crítica el dictamen pericial y en libertad de valorar razonablemente sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión. Por su parte, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a "(...) aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores (...)".

"...2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito "más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna" (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01)... (...)

2. Sabido es que sólo se indemniza el daño debidamente probado; pues no es admisible condenar a una persona a la reparación de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, si los mismos no se encuentran acreditados en legal forma.

En la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada. Queda así fijada la regla general en la materia de que no hay responsabilidad sin daño, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta.

De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios. Para que sea "susceptible de reparación, debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado'" (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, 'repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración' (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto).

3. Establece el Código Civil en el artículo 1614, que se entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardando su cumplimiento.

De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad.

Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento."

"...a. No se conceptúan ni identifican adecuadamente los rubros de daño emergente y lucro cesante, lo que, de entrada, denota falta de pericia y de competencia técnica por parte de los auxiliares de la justicia (...) de que el perjuicio debe ser cierto, comoquiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública. Esa demostración del carácter cierto del perjuicio está ausente en el experticio de marras (...)

5.3. El lucro cesante reclamado. Según el Código Civil, el lucro cesante es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (artículo 1614), esto es, la pérdida de un interés futuro a un bien que todavía no corresponde a una persona. Este daño, como cualquiera otro, debe indemnizarse, si se prueba y en lo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DERIVADAS DEL HECHO DEL NO RESTABLECIMIENTO PLENO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO 449 DE 12 DE DICIEMBRE DE 2003 Y DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CONCEDENTE AL NO PERMITIR AL CONCESIONARIO LA OPERACIÓN DEL 100% DE LA FLOTA BASICA REFERENTE (5407)

Considerando los supuestos incumplimientos que SI03 imputa a TRANSMILENIO, S.A., en la ejecución del contrato 449 de 2003, la actora formula dos órdenes de pretensiones.

causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la 'víctima'; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la 'víctima'; por ello el daño constituye en sí mismo la medida del..." (MARGARITA CABELLO BLANCO Magistrada Ponente; SC20448-2017; Radicación n° 47001-31-03-002-2002-00068-01; Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete -2017-)

--

"Con todo, para que exista una responsabilidad contractual, no basta el simple incumplimiento de la obligación contractual o legal (comportamiento culposo del agente que genera la responsabilidad), sino que es menester que el demandante haya sufrido un daño, entendido como la lesión, quebranto o menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extramatrimonial, y el cual para que sea indemnizado debe ser cierto y no eventual o hipotético. En el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, en aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, cuando ella incumple sus obligaciones "...el contratista del Estado tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)...", daño contractual o lesión del derecho de crédito que debe ser cierto, particular y concreto, no eventual ni hipotético, tener protección o tutela jurídica y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso con las pruebas que reposen en él. Ese daño contractual o menoscabo al derecho de crédito debe ser indemnizado plenamente, dado que, como señala la doctrina, "...se debe reparar el daño y nada y nada más que el daño, por lo cual se destaca la importancia que en este terreno tienen las pruebas, pues se requiere certidumbre de la realidad del perjuicio y de su cuantía, para así proferir las condenas pertinentes...". "...La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la "víctima", si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima..." Por eso, en materia de indemnización del daño resarcible rigen los principios de la reparación integral y de equidad." (subrayado no pertenece al texto)- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)-.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Las primeras, fundadas en la negativa de la Entidad Estatal a restablecerle el equilibrio económico del contrato, dada la ocurrencia de la ruptura del mismo, como, según la convocante, lo admitió la accionada en el Otrosí 06 de 27 de septiembre de 2007.

Las segundas, se yerguen sobre la consideración de la convocante de que la convocada incumplió con su deber de permitirle realizar la operación de los 80 buses alimentadores, según se había convenido en el contrato 449 de del 12 de diciembre de 2013.

A continuación, se presentan las pretensiones declarativas y de condena de SI03, en el orden mencionado:

a.-DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

b. DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S. A. y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO., S. A., - con fecha 27 de septiembre de 2007, se suscribió el otrosí número 06 al contrato de concesión número 449 del 12 de diciembre de 2003.

C. DECLARESE que mediante el otrosí número 06 del 27 de setiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- reconoció que, a partir de la fecha de inicio de la operación (26 de marzo de 2005), se configuró la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato No. 449 de 2003, suscrito entre LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO., S. A. y la sociedad SI 03., S. A., en perjuicio de esta última, en la medida en que los costos reales de operación de los vehículos automotores - buses alimentadores- que operaron a partir de esa fecha, superaron los costos que por estos conceptos hicieron parte de la proyección financiera del Contrato.

d. DECLARASE que, mediante el Otrosí número 06 del 27 de septiembre de 2007, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- – TRANSMILENIO S. A. implementó una medida de ajuste económico de \$113. 00 sobre la tarifa reconocida por pasajero transportado, a la sociedad SI 03 S. A., para evitar que el equilibrio económico – financiero del contrato de concesión número 440 de 2003, a futuro, continuara alterado a partir de la fecha de la implementación de tal medida (9 de octubre de 2007).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

e. DECLARASE que mediante el Otrosí número 06 del 27 de septiembre de 2007, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO, -TRANSMILENIO S. A., no le restableció a la sociedad SI 03 S. A., el equilibrio económico – financiero del contrato de concesión número 449 de 2003, por el período comprendido entre 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y en el 9 de octubre de 2007 (fecha a partir de la cual empezó a regir el ajuste económico antes mencionado).

f. DECLARASE que el no restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión No. 449 de 2003, se traduce en un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley del contrato, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- – TRANSMILENIO-S. A., en detrimento de los intereses económicos de SI 03 S. A.

g. CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A., - TRANSMILENIO S. A.- a pagar a la sociedad convocante, SI 03 S. A., la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$3.674.570.826.00), equivalente a la suma en la que, en exceso, incurrió el contratista por concepto de costos de operación de la flota de buses en operación entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 9 de octubre de 2007 (fecha en la que se implementó la compensación de la tarifa por pasajero transportado.)

h. CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A., - TRANSMILENIO, S. A. a pagar a la sociedad convocante, SI 03, S.A., la suma de DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO TRECE PESOS (\$2.238.339.113.00), equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma a la demanda arbitral).

i. CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A., -, a pagar a la sociedad convocante, SI 03, S. A. la suma de OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CINCUENA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS (\$8.587.050.405.00), equivalente a los intereses comerciales moratorios sobre el capital equivalente a los costos que, en exceso, tuvo que incurrir el concesionario por concepto de operación de la flota de vehículos automotores –buses alimentadores en operación, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presentó la reforma a la demanda arbitral).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 1.i.

CONDENESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,—TRANSMILENIO, S. A.,- a pagar a la sociedad convocante, SI 03, S. A., la suma de CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$5.997.903.084.00), equivalente a los intereses establecidos por el art. 4º. Numeral 8º. de la ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el 26 del mes de marzo de 2005 (fecha en que inició la operación de la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 1.1

- CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- a pagar a la sociedad convocante SI 03, S.A., la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS (\$5.278.262.611.00), equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

j. Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por el este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los intereses previstos por el artículo 4º. Numeral 8º. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

k. Las condenas que se impongan en el laudo devengarán intereses comerciales moratorios conforme a la ley, desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

l. CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- al pago de las costas y gastos del Proceso Arbitral, conforme a la ley.

2. DECLARACIONES Y CONDENAS RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NÚMERO 449 DE 2003 POR CONCEPTO DE FALTA DE OPERACIÓN DE LA FLOTA BÁSICA O REFERENTE.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

a.- DECLÁRESE que entre la sociedad SI 03 S.A y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró, el 12 de diciembre de 2003, el contrato de Concesión No. 449.

b. DECLARESE que conforme al contrato de concesión No. 449 de 2003, suscrito entre la Empresa de Transporte del Tercer Milenio., -TRANSMILENIO S. A.,- y la sociedad SI 03., S. A., el Concesionario tenía derecho a operar una flota básica o referente de operación compuesta por 80 vehículos automotores -buses alimentadores -que, conforme a la cláusula 39 del contrato, era la establecida para atender el servicio de alimentación del sistema TRANSMILENIO en la zona sur de Bogotá.

c. DECLARESE que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- incumplió el contrato de concesión No. 449 de 2003, al impedir al Concesionario Convocante –SI 03., S. A.- operar la totalidad de los 80 vehículos automotores –buses alimentadores-que conformaban la flota básica referente de operación, entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 14 de abril de 2007 (fecha en que permitió la operación del 100% de la flota).

d. DECLARESE que el incumplimiento del contrato de Concesión No. 449 de 2003, por parte de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO S. A.-, causó a la Convocante, sociedad SI 03., S. A., daños antijurídicos que generaron a ésta perjuicios de orden material que deben ser indemnizados integralmente.

e. CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- a pagar a título de indemnización de perjuicios, a la sociedad Convocante, SI 03., S. A., la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$878.626.542.00.), o la que resulte probada, equivalente a lo dejado de percibir por ésta, por la inoperatividad de la totalidad de la flota básica o referente de operación, es decir, 80 vehículos automotores –buses alimentadores- entre el 26 de marzo de 2005 (fecha de inicio de la operación) y el 14 de abril de 2006 (fecha en que TRANSMILENIO., S. A., no permitió la operación del 100% de la flota).

f. CONDENASE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- a pagar a la sociedad Convocante, SI 03., S. A., la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTS CUARENA Y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y TRES PESOSO (\$595.845.663.00), equivalente a la actualización o indexación de la suma anteriormente señalada, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

g. CONDENESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- a pagar a la sociedad Convocante, SI 03., S. A., la suma de DOS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS, (\$2.160.281,875.00), equivalente a los intereses comerciales moratorios sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 2.g

- *CONDENESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- a pagar a la sociedad Convocante, SI 03, S. A., la suma de MIL QUINIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$1.580.529.631.00), equivalente a los intereses establecidos por la artículo 4º. numeral 8º. de la ley 80 de 1993 sobre el capital debidamente indexado, desde el mes de marzo de 2005 (fecha en que inició la operación de la Flota) y hasta el mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral).*

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN 2.g.

- *CONDENESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- a pagar a la sociedad Convocante SI 03., S. A., la suma de MIL TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS DOS PESOS (\$1.317.192.902.00), equivalente a los intereses comerciales corrientes sobre el capital dejado de percibir, al mes de marzo de 2018 (dada la fecha en que se presenta la reforma de la demanda arbitral.)*
 - *h. Todas las sumas que resulten de las condenas proferidas por el Tribunal deberán ser actualizadas entre el mes de marzo de 2018 y la fecha en que se profiera el respectivo laudo arbitral, y sobre dichas condenas se calcularán, por este período, los intereses comerciales moratorios o, en su defecto, conforme a las pretensiones subsidiarias, los*
-

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

intereses previstos por el artículo 4º. numeral 8º. de la ley 80 de 1993, o los intereses comerciales corrientes sobre el capital.

i.- Las condenas que se impongan en el laudo devengarán intereses comerciales moratorios conforme a la ley desde la ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se verifique el pago.

j.- CONDENESE a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S. A.,- al pago de las costas y gastos del proceso arbitral al pago de las costas y gastos del proceso arbitral, conforme a la ley."

HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La convocante imputó a TRANSMILENIO., S. A., haber incurrido en los siguientes incumplimientos, sustento de sus pretensiones:

1.- Haberla colocado en la imposibilidad de poner en operación la flota básica disponible para la operación del servicio en la fecha prevista, por incumplimientos de TRANSMILENIO., S. A., al establecer iniciar la prestación del servicio de alimentación el 26 de marzo de 2005.

Sostiene la actora que para el 26 de marzo de 2005 tenía disponibles, vinculados al sistema TRANSMILENIO, no sólo los 80 vehículos mencionados, sino dos más, como flota de reserva para poder cumplir así con las necesidades del servicio.

TRANSMILENIO S. A., para la fecha de inicio de la operación no le había entregado el plan de transición a que aludía el oficio 6721 de 24 de septiembre de 2004, y no se había implementado tampoco, cómo era a cargo de TRANSMILENIO, S. A., el denominado Portal del Sur del Sistema, con lo cual se alteraba el número de vehículos que debían transportar pasajeros conforme a la demanda proyectada del servicio requerido (mínimo de 80 vehículos.), lo cual impidió que el CONCESIONARIO obtuviera la remuneración proyectada en la estructuración financiera del acuerdo negocial, según se desprende de la lectura del Acta de Liquidación Bilateral del contrato, en la cual se establece que para el mes de marzo de 2005 la demandante tenía vinculados 82 vehículos automotores -buses alimentadores-, que debía proveer el contratista según el claro sentido de la cláusula 16.

Frente al plazo de 10 años de duración del contrato, la accionante, expresa que dicho lapso fue recortado, durante el tiempo en que no operó la totalidad de la flota

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

referente, con lo que se redujo correspondientemente, el término de duración del contrato. (fl. 00048, cuad. de pruebas ppal. No.2.)

Agregó que no era previsible por parte de SI 03 que TRANSMILENIO., S.A., incumpliera sus obligaciones, al no permitirle sino una operación parcial del parque automotor, lo que generó efectos adversos a las finanzas del concesionario, y enormes perjuicios dada la inversión realizada y las perspectivas económicas de utilidad que podía generar la garantía de operar como mínimo los 80 vehículos

Ruptura del equilibrio económico - financiero del contrato

2.- En cuanto a la ruptura del equilibrio económico del contrato, expone la accionante que, como, se había explicado en los hechos de la demanda, la ruptura del equilibrio ocurrió entre la fecha de inicio de la operación, el 26 de marzo y la fecha en que se implementó la modificación aportada a la cláusula 96 del contrato, mediante la suscripción del otrosí No. 6 del 27 de septiembre 2007, es decir el pago de \$113.00, por pasajero, a partir del 9 de octubre de 2007, y con él se buscaba evitar que las circunstancias de la ruptura continuaran ocurriendo durante el tiempo faltante del contrato.

Para sustentar su afirmación expresa que el sentido del reajuste en la remuneración por pasajero que se debía cancelar al concesionario obedecía a que "se presentaron circunstancias nuevas imprevisibles para el CONCESIONARIO, que afectaban la ecuación económica del contrato".

Expone que dichas circunstancias - nuevas imprevisibles, o hecho imprevisible, se había concretado en el estado de deterioro de las vías por las que debían circular los vehículos alimentadores en la Zona de alimentación Sur de la ciudad de Bogotá, lo que causó aumento de costos operativos muy superiores a los que pudieron preverse al celebrarse el contrato y determinarse la estructuración financiera del contrato de concesión, soportado en el flujo de caja generado por el giro ordinario del negocio.

Corrección del desequilibrio económico - financiero del contrato

El negocio se tornó negativo y gravemente alterado en detrimento del buen desempeño financiero, lo que determinó que el Concesionario se encontrara padeciendo pérdidas operacionales y de ejercicio y entrar en situación de iliquidez insostenible, con alto nivel de endeudamiento, por encima de los parámetros y en un flujo de caja que no soportaba el proyecto y se halló, por ello, incurso en causal de disolución

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La accionante cita varios apartes del documento ESTUDIO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO SI 03, elaborado por TRANSMILENIO, S. A., en el cual se afirma que analizados estos hechos, se concluía que las condiciones precarias de las vías por donde circulaban los vehículos alimentadores, producto de un mantenimiento insuficiente, agravado por las altas pendientes de algunas de ellas y los niveles de congestión, habían causado el incremento de costos operativos tales como un mayor consumo de combustibles y lubricantes, mayor desgaste de neumáticos y, en definitiva, mayor desgaste de los vehículos, lo que repercutía en un incremento de los costos de mantenimiento.

Agregaba el estudio que, de no realizarse el ajuste mencionado, se ponía en riesgo la prestación del servicio público de transporte masivo y por consiguiente los objetivos y finalidad del contrato, por lo cual era obligación de las partes adoptar las medidas que permitieran garantizar la continuidad del mismo; que de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la ley 80 la continua y eficiente prestación de los servicios públicos constituía una de las finalidades de los contratos estatales; al determinar los derechos y obligaciones de las partes señalan que éstas debían adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal; que en el mismo sentido de lo señalado en el numeral anterior, el artículo 27 del estatuto contractual señalaba que, en caso de rompimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, las partes adoptarían en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Agregó la accionante que conforme con el Otrosí No. 6 de 26 de septiembre de 2007 la preservación y mantenimiento del equilibrio financiero del contrato por parte de TRANSMILENIO, S A., se hizo parcialmente.

Reitera la parte actora que la medida plasmada en el Otrosí No. 6 del por TRANSMILENIO, S. A. atendía parcialmente el deber contenido en el artículo 4º, numeral 9 de la ley 80 de 1993, para precaver y solucionar eficazmente, hacia el futuro, la situación, ya detectada, de grave alteración del equilibrio económico financiero del contrato, pero que no cobijaba el periodo anterior al 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007, fecha a partir de la cual se ajustó la remuneración por pasajero que debía cancelarse.

Lo anterior constituía, a juicio de SI 03, S. A., incumplimiento a la obligación mencionada y desconocía abiertamente los numerales 8 y 9 del artículo 4º y el inciso 1 del artículo 27 de la ley citada en lo que se refería al periodo comprendido entre marzo 26 de 2005 y octubre 9 de 2007.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Para precisar la indemnización que pretende, afirmó la accionante que el perjuicio material que se pretende constituía un daño emergente referido a los costos fijos, elemento integrante de la canasta de costos del contrato.

Reclamación en vía administrativa

La accionante indica que el 14 de agosto de 2014, formuló reclamación formal, bajo el procedimiento administrativo contractualmente pactado, por los hechos mencionados, que consideró configuraban incumplimiento del contrato, por falta de operación de la flota básica referente; dicho reclamo aparece mencionado en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato, la cual obra a folio 1 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 2, y la alusión a la reclamación es legible a folio 39, ibídem.

Inserta en la demanda el apartado del documento contentivo del Acta de Liquidación Bilateral, dentro de un recuadro en donde aparece que la fecha de iniciación del reclamo fue el 27 de noviembre de 2014; y se indica que éste se fundaba en el mencionado incumplimiento y la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Informa la actora que efectuada la reclamación a TRANSMILENIO, S. A., por estos hechos, en la etapa de arreglo directo, ésta la rechazó por cuanto, como constaba en “ACTA DE ARREGLO DIRECTO” del 10 de diciembre de diciembre 2014, se había operado inicialmente en el régimen de excepción, porque no existía la flota completa para la fecha de entrada en operación y ello permitió operar con un número menor de vehículos a 80.

Sostuvo la demandante que cuando se convino en liquidar bilateralmente el contrato, las partes plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del contrato de concesión, y por ese motivo aparece en el acta de liquidación en el cuadro antes mencionado. (Destaca el Tribunal).

Tales son los hechos narrados de cuya ocurrencia se deriva la indemnización pretendida, dado el perjuicio que las situaciones descritas causaron.

Contestación de la demanda

Dentro de la oportunidad legal, TRANSMILENIO, S. A., dio contestación a la demanda, formuló excepciones y solicitó pruebas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

La accionada aceptó parcialmente la pretensión relativa el hecho de haberse suscrito tanto el contrato 449 de 2003, como el Otrosí No. 6 de 26 de septiembre de 2007.

Se opuso a las demás pretensiones de la convocante y propuso varias excepciones, a cuya síntesis se procede, en el orden de su formulación.

Sin embargo, al entrar a examinarlas, por razones de lógica, lo hará en primer término, en cuanto a la excepción No. 4, ausencia de salvedades, dentro del Acta de Liquidación Bilateral del contrato sobre las reclamaciones en que funda las pretensiones que se acaban de formular, pues de prosperar dicha excepción, no tendría el Tribunal facultad para entrar a examinar el fondo de las pretensiones.

EXCEPCIONES

El Tribunal seguidamente, se ocupará del examen de las excepciones, teniendo en cuenta las posiciones de las partes en la contestación de la demanda y en su réplica, los criterios jurisprudenciales y doctrinarios sobre este particular, así como las exposiciones hechas por las partes sobre las excepciones, en la oportunidad de las alegaciones de bien probado.

LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR TRANSMILENIO., S.A.

1. Inexistencia de los presupuestos para declarar el desequilibrio económico del Contrato de Concesión 449 de 2013.

La fundó en no existir, en el sub lite, ninguna de las causas que alteraran la ecuación económica del contrato: (i) hechos o actos imputables a la administración que configuraran un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, (ii) actos generales del Estado -hecho del príncipe-, y (iii) ocurrencia de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes -teoría de la imprevisión-; en consecuencia no podía haber ocurrido ruptura del equilibrio que debiera restablecerse.

Apoyó la excepción en la cita de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", de 26 de noviembre de 2015, Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, radicación 25000-23-26-000-2011-01071-01 (54.563.)

2. Extemporaneidad de la pretensión de declaratoria del desequilibrio económico del Contrato de Concesión número 003 de 2010.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Expresó la accionada que, si bien no se configuraba ninguno de los presupuestos para declarar el desequilibrio económico del contrato, la solicitud de la concesionaria era extemporánea porque al suscribir el Otrosí No. 6 del 26 de septiembre de 2007, no presentó reclamo o pretensión alguna sobre ese particular y, con posterioridad, suscribió dos (2) Otrosíes más, el Otrosí No. 8 del 2 de febrero de 2009 y el Otrosí No. 9 de 12 de febrero de 2010, en ninguno de los cuales presentó reclamo o solicitud por desequilibrio económico alguno, lo que determinaba que la pretensión se solicitaba de manera extemporánea de acuerdo con la línea jurisprudencial elaborada por el Consejo de Estado y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; citó al efecto varios apartes de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 26 de noviembre de 2015.

3. Improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación.

Para sustentar esta excepción la accionada expresa que la posibilidad de cobrar sobre el mismo concepto intereses e indexación no está permitida en el ordenamiento jurídico colombiano y, al efecto cita, dos párrafos de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 29 de enero de 2016, en la cual se niega el pago de indexación a la suma de intereses moratorios.

4. La improcedencia de reclamar en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato.

Sustenta la excepción la convocada transcribiendo las solicitudes hechas por la accionante, fundada en no permitir la operación de 80 vehículos entre el periodo del 26 de marzo 2005 y el 14 de abril de 2006, y que se restablezca el desequilibrio económico por no aplicar el ajuste tarifario estipulado en el otrosí No. 06, ya mencionado, durante el periodo mencionado del 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre 2007.

Fundamenta la excepción en el hecho de que, según la accionada, la concesionaria no presentó salvedad alguna sobre estos puntos en el Acta de Liquidación Bilateral del contrato de concesión, fechada el 25 de septiembre de 2015.

Sobre el particular precisa que en el numeral 3.11, de esa Acta, las salvedades a la liquidación expuestas por la convocante y en los numerales 3.11.1. al 3.11.7, se refirieron a los siguientes asuntos, pero no a los motivos en los que fundamentó sus pretensiones, arriba indicados:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

- 3.11.1: Inexistencia de la obligación de reversión en el contrato de concesión.
- 3.11.2: La reversión en los contratos de reversión (sic).
- 3.11.3: Lo previsto en el contrato de concesión sola propia de los vehículos y la reversión
- 3.11.4: posesión de TMSA con relación a la reversión
- 3.11. 5: utilización de los patronos
- 3.11.6: Reposición de autobús incinerado.
- 3.11.7 : mantenimiento de vehículos,

En ninguna de las anteriores salvedades, sostiene TRANSMILENIO, S. A., se mencionó el incumplimiento de la sociedad concedente TRANSMILENIO., S. A., por no permitirle la operación de la totalidad de la flota en todas las Zonas; la falta de restablecimiento pleno del equilibrio económico del contrato dado el contenido del Otrosí No. 6 del 26 de setiembre de 2007 del contrato de concesión, durante el período del 26 de marzo de 2005 al 9 de octubre 2007, ausencia de reclamos que impedía, según la demanda, debatir el reclamo en esta instancia judicial.

Invocó en ese sentido la sentencia del Consejo de Estado sobre la improcedencia, en sede judicial, de reclamos que no fueron objeto de salvedades en el acta de liquidación bilateral del contrato estatal, y transcribió apartes de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 22 de agosto de 2013.

5. Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales a. y b. del numeral 1., primera pretensión subsidiaria a la pretensión 1.i, pretensión principal a. del numeral 2, y primera pretensión subsidiaria la pretensión 2.g de la reforma de la demanda.

Para sustentar su oposición a las pretensiones y apoyar la ocurrencia de la caducidad que se menciona antes, la demandada discurre argumentando que en los términos del artículo 94 del Código General del Proceso la presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del término de un año, contado desde el día siguiente a su notificación al demandante.

Sostuvo que, en el caso litigado, resultaba evidente que las pretensiones corregidas o adicionadas habían sido presentadas cuando frente a ella se había producido su caducidad.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Trajo a colación, la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2017 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado 2500232600020040017051 (35770), providencia en la cual se dijo “3.2.2 Ahora bien, respecto a las agregaciones a la demanda o peticiones diferentes a las manifestadas en un comienzo esta Corporación ha señalado que se debe verificar la no configuración del término de caducidad, so pena de que el aditamento respectivo elevado extemporáneamente sea rechazado al momento de aceptarse la reforma de la demanda, o se deniegue su procedencia al instante de proferir el fallo.

“3.2.3. A ese entendimiento, se ha circunscrito esta Sección, quien, además, de manera reciente unificó su jurisprudencia en esa dirección al evidenciar la necesidad de verificar el fenómeno procesal de la caducidad respecto de todas las pretensiones que se eleven en ejercicio del derecho de acción, incluso cuando ello sucede en el marco de la presentación de un escrito de admisión de una demanda inicialmente interpuesta”.

Argumenta la accionada que las pretensiones principales a. y b. del numeral 1., primera pretensión subsidiaria a la pretensión 1.i. Pretensión principal a del numeral 2.g de la reforma de la demanda eran pretensiones formuladas por primera vez en la reforma de la demanda presentada el 10 de abril de 2018, cuando ya, según la demanda, había operado la caducidad de la acción porque el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión número 449 de 2003 se celebró el 25 de septiembre de 2015, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 164 del, literal j), ordinal iii) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que, en el caso de la demanda relativa a contratos, el término para demandar sería de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, y que en los contratos, que requirieran de liquidación y ésta fuera efectuada de común acuerdo por las partes, el término se contará desde el día siguiente a la de la firma del acta.

6. Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor de las sumas pretendidas (i) por el no restablecimiento económico del contrato de concesión número 400 49 20 00 tres (ii y) por el incumplimiento del contrato o por la no operación de la totalidad de la flota básica o referente entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006.

Alega la demandada que el reconocimiento de intereses en el caso litigado se regiría para la convocante en el evento de prosperar las pretensiones principales enlistadas como 1g., y 2.e. de la reforma de la demanda y se condenara a TRANSMILENIO, S. A., al pago de una suma(s) de dinero, intereses que se causarían a partir de la ejecutoria del laudo arbitral.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Agrega en su argumento que en la reforma de la demanda (i) en la en la pretensión principal 1.i. se solicita el pago de intereses moratorios sobre el capital; (ii) en la pretensión primera subsidiaria a la pretensión 1.i., solicita el pago de los intereses establecidos en el numeral 8 del artículo 4º. de la ley 80 de 1993 sobre el capital, y (iii) en la pretensión segunda, subsidiaria a la pretensión 1.i. solicita el pago de los intereses comerciales corrientes sobre el capital; pago reclamados principal y subsidiariamente, a título de intereses moratorios, intereses de la ley 80 de 1993, o intereses comerciales corrientes, calculados del mes de marzo 2005 al mes de marzo de 2018, los cuales, según la convocada, carecen, según la opositora, de causa por tener el reclamo de intereses efectos desde su declaración, lo cual ocurre en el laudo, razón por la cual la pretensión de intereses causados antes de la fecha de su ejecutoria es improcedente.

7. El concesionario SI 03, S. A., según la convocada, no incorporó toda la flota referente el 26 de marzo de 2005 y en consecuencia la indemnización de perjuicios solicitada resulta improcedente.

Sostiene la defensa que la convocante pretendía una indemnización de perjuicios a título de lo dejado de percibir por la inoperatividad de la totalidad de la flota referente en operación -80 vehículos- entre el 26 de marzo de 2005, inicio de la operación, y el 14 de abril de 2006, operación del 100% de la flota; estima improcedente declararla porque en la primera fecha la totalidad de los buses alimentadores no tenían certificado de vinculación, documento exigido por la cláusula 1.10 del contrato de concesión, la cual transcribe.

8. También expresa la convocada que el inicio de la operación regular en el Contrato de Concesión no requería, ni exigía la incorporación de la totalidad de la flota referente del concesionario, como lo sostuvo SI 03., S. A. en su demanda.

Al efecto expone que según la cláusula 1.24 ya citada, la fecha de inicio de la operación regular era la fecha en la cual se incorporaba la flota del concesionario en la operación del Sistema TRANSMILENIO para la prestación efectiva del servicio, precepto que, según la accionada, enseña claramente que la operación regular se iniciaba con cualquier número de vehículos y no exigía que el número de vehículos que se requería para el inicio de la operación regular fuera igual al número de vehículos de la flota básica referente, que según la cláusula 39 del contrato para la zona sur y era de 80.

Agrega que al no exigir que los 80 buses alimentadores operaran desde el día 26 de marzo de 2005, el reclamo de la indemnización de perjuicios por lo dejado de percibir

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

en ese índice de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006 carecía de fundamento jurídico.

9. Excepción genérica.

TRANSMILENIO, S. A., formuló, también, la llamada excepción genérica, con fundamento en el artículo 282 del Código General del Proceso para que el Tribunal, si se hallaren probados hechos constitutivo de una excepción, la reconociera oficiosamente, salvo las mencionadas en dicha disposición, que debían haberse alegado en la contestación de la demanda.

CONTESTACION A LAS EXCEPCIONES POR SI 03, S.A.

A partir del folio 298 del Cuad. Ppal No. 2, discurre la Convocante para replicar las excepciones formuladas por la Convocada, en relación con las pretensiones consignadas en el escrito de reforma de la demanda inicial.

En síntesis, la accionante expone:

1. Sobre la inexistencia de los presupuestos para declarar el desequilibrio económico del contrato.

En cuanto a esta excepción SI 03, S. A., manifiesta que carece de ese carácter, por no aducir hechos nuevos distintos y exógenos a los planteados en la demanda, que precisamente constituyen los supuestos fácticos origen de la litis, y que se encontrarán dirigidos a enervar, modificar o extinguir las pretensiones que se han formulado.

Se trata del planteamiento de argumentos jurídicos de defensa, derecho de la accionada a la defensa que le asiste.

Pide, igualmente, que el Tribunal desestime la excepción.

2. Extemporaneidad de la pretensión de declaratoria del desequilibrio económico del contrato.

Al iniciar la réplica a esta segunda excepción y a la No. 4 “improcedencia de reclamo en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 449 de 2015”, (sic), no se encuentran configuradas, como fue señalado en los escritos mediante los cuales se describió el traslado i) del recurso interpuesto contra el auto

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

admisorio de la demanda y ii) de las excepciones formuladas por TRANSMILENIO, S. A. que ahora se reiteraban.

La replicante le endilga tener el mismo defecto de la excepción anterior, por carecer de las razones que justifican su proposición, al no aducir hechos nuevos distintos y exógenos a los planteados en la demanda.

A lo anterior, agrega que si bien se estaba alegando la extemporaneidad de la pretensión de declaratoria de desequilibrio económico del contrato, tal situación no estaba relacionada con la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales, pues la demanda fue presentada el 22 de septiembre de 2017, y el acta de liquidación bilateral del contrato, suscrita el 25 de septiembre de 2015; por ello la acción se ejerció dentro del término de dos años establecido en el numeral 2, literal j iii del artículo 164 del C. P.A.C.A.

Solicita la accionante desestimar la excepción propuesta por cuanto la convocada considera que al suscribir el Otrosí No. 06 de 27 de septiembre de 2007 la concesionaria no presentó reclamo o pretensión alguna sobre el desequilibrio económico del Contrato, y suscribió dos Otrosíes más, el número 8 del 2 de febrero de 2009 y el número 9 del 12 de febrero de 2010 y en ninguno de ellos presentó reclamo o solicitud por desequilibrio económico alguno, según la jurisprudencia elaborada por la jurisdicción contencioso administrativa.

De este modo en la contestación de la excepción se combinan temas relacionados con la No. 2 y con la No. 4.

Frente a la transcripción que hace la excepcionante de la sentencia del Consejo de Estado concerniente a la necesidad de dejar expresadas "reclamaciones o manifestaciones de quedar pendientes tales asuntos...", expresa que con relación al desequilibrio económico i) sí se presentaron reclamaciones durante la ejecución del contrato, en cuanto ocurrió desde el inicio de la operación II) y que existía, además, salvedad expresada según constancia en el Acta de Liquidación Bilateral de haber sido en este asunto objeto de reclamaciones que quedaron pendientes por resolver como constaba en la mencionada acta.

Afirma que SI 03., S. A. presentó oportunamente reclamaciones por la ruptura del equilibrio económico del contrato desde el inicio de la operación, reclamaciones que dieron lugar al documento elaborado por TRANSMILENIO, S. A., denominado "ESTUDIO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO SI 03", a partir del cual, previas varias constancias, como la incluida en el numeral c), se aceptó por la concedente la ocurrencia del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

mencionado desequilibrio económico, que dio lugar a la suscripción del Otrosí No. 06 del 27 de septiembre de 2007, en el cual se acogió un ajuste de \$ 113.00 pesos en la tarifa, ajuste que tuvo lugar el 10 de octubre de 2007; que el objeto del otrosí era impedir que el desequilibrio presentado continuara ocurriendo con posterioridad al 9 de octubre de 2007, es decir, por lo que restaba del plazo contractual.

Prosigue sosteniendo que, como se dijo en la demanda, existe en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de concesión salvedad en relación con la ruptura del equilibrio económico del contrato por lo que resultaba necesario remitirse al texto del libelo inicial.

Para demostrar que en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato se dejó constancia de la vigencia de esas inconformidades, la contratista transcribió apartes del Acta citada, folio 39 de la misma, el cual ya fue objeto de mención en el texto de este laudo. (Cuad. Ppal. 2, fol. 303.)

A continuación de la mención sobre la no prosperidad de las reclamaciones consignada en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato, también precisa la convocante que dejó constancia de la existencia otros procesos judiciales o controversias que, como ocurría con las reclamaciones del concesionario SI 03, S. A., se preveía su sometimiento a decisión judicial, así como otras que podrían sobrevenir por parte de terceros.

Reitera la parte convocante que estaba claro que cuando convinieron las partes liquidar el contrato, plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del contrato y que en oportunidad anterior a la liquidación habían sido objeto de reclamación por parte del concesionario ante TRANSMILENIO, S. A., de ahí la razón por la cual el cuadro visible en la página 39 del Acta de Liquidación, referente a ese tema, apareciera allí como una de aquellas materias de futuros litigios o controversias judiciales. (Subrayas del Tribunal.)

En efecto, -agrega SI 03, S. A.,- el numeral 2 del Acta de Liquidación ya mencionada (folio 8), se intitula "VERIFICACIÓN DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES". La denominación de este aparte del Acta claramente implica, en opinión de la convocante, la revisión del cumplimiento o no de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato a cargo de las partes del mismo.

Sostuvo SI 03, S. A., que dentro del mismo numeral 2.14 "PROCESOS DE ARREGLO DIRECTO" en el cual se hace constar que dentro de la ejecución del contrato se surtió un proceso de arreglo directo concerniente a la "RECLAMACIÓN EN RELACIÓN

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO" y que, respecto de ese proceso, "SE ENTIENDE FINALIZADA LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO "ENTENDIÉNDOSE FALLIDA DICHA ETAPA."

Prosigue la replicante SI 03, S. A., afirmando que según lo consignado en la etapa de arreglo directo no se logró obtener, mediante la reclamación, el cumplimiento de las obligaciones del contrato a cargo de TRANSMILENIO., S. A., en lo referente a esos dos aspectos, quedando por ello pendientes y constando, de manera expresa, la existencia de tales reclamaciones y, consecuencialmente, abierta la posibilidad de someterlas a decisión judicial. (Destacado del laudo.)

Sostiene que, por tanto, era ostensible que las anteriores constancias que quedaron plasmadas en el Acta de Liquidación eran constitutivas de verdadera salvedades, es decir, tenían la connotación de salvedades en tanto que consignan unas reclamaciones pendientes de resolver, ahora por vía judicial, dado que se puso fin a la relación contractual-administrativa, y del simple hecho de que estas constancias o salvedades no se hubieran ubicado en un acápite específico del Acta de Liquidación, bajo la titulación de salvedades, no se puede pretender su desnaturalización, ni se puede, razonablemente, mutar su esencia a la de un simple antecedente, como lo pretende hacer ver la convocada.

En la anterior transcripción, reitera la demandante lo dicho en su demanda, en el sentido de que cuando las partes convinieron en liquidar bilateralmente el contrato, plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del contrato de concesión y que, en oportunidad anterior a la liquidación, habían sido objeto de reclamación.

Se cita en el escrito de réplica las sentencias del Consejo de Estado de fechas 6 de julio de 2005, exped. 14.113, y de 16 de febrero de 2001, exped. 11.689.

3. En cuanto a la excepción de improcedencia de cobrar sobre un mismo concepto intereses e indexación, expresó la demandante:

Que al igual que en las anteriores, no se trataba de verdadera excepción, y que en caso de que el Tribunal las considerara verdaderamente tales, los argumentos a partir de los cuales se formulaba o correspondían a la realidad en la medida en que, como se verificaba con la simple lectura de la demanda, no se estaba pretendiendo sobre el capital intereses e indexación.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Vuelca su atención SI 03, S. A., para - con fundamento en el juramento estimatorio, y en el incumplimiento por el no restablecimiento del equilibrio económico del contrato entre el 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007, y la no operación de la totalidad de la flota básica entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 abril de 2006-, reiterar que en la demanda no coexistía el cobro de intereses de mora con la indexación.

Si bien aparecía en la demanda que las pretensiones eran principales y en apariencia concurrentes, sostuvo, en el acápite correspondiente al juramento estimatorio se aclaró que el pedimento y, en consecuencia, el cálculo los intereses de mora fue realizado únicamente sobre el valor del capital es decir con exclusión del cálculo de indexación.

Con tal argumento, solicitó desestimar la excepción mencionada.

4. Improcedencia de reclamo en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato.

Para desvirtuar la excepción recuerda la accionante que en la demanda se evidencia constancia en el Acta de Liquidación del Contrato de Concesión de la existencia de las reclamaciones presentadas por incumplimiento del contrato y desequilibrio económico del mismo y que hallándose dicha reclamación fracasada se ubicaba dentro de aquellas que quedaron pendientes por resolver para ser sometidas a control o judicial, junto con otros asuntos de orden extracontractual ocurridos durante la ejecución del contrato. (Destaca el Tribunal.)

Para afianzar su argumento, transcribe también apartes de la demanda concernientes a la afirmación del incumplimiento del contrato por la no operación de la flota referente, hecha en el numeral 23.

Incluye el aparte de su libelo de demanda en el que afirma sobre tales situaciones, tal y como consta en el Acta de Liquidación y en el expediente administrativo del Contrato, que se formularon por parte de SI 03, S. A., a la empresa TRANSMILENIO, S. A., las reclamaciones correspondientes, las cuales fueron tramitadas bajo el procedimiento administrativo previsto en el contrato, arreglo directo y, sobre la vigencia de esas inconformidades, dada las decisiones que al respecto se adoptaron se dejó constancia que aparece consignada en el Acta de Liquidación, a folio 39, así destacado del Laudo, el cual reinserta.

Para respaldar su posición la convocante cita un aparte de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de febrero 16 de 2001,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

expediente 11689, en la cual se sostuvo "...y, de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la administración durante la ejecución del contrato o a más tardar en el momento de la liquidación" (resaltado del Tribunal.)

De su cosecha manifiesta que debía observarse que la jurisprudencia de la máxima corporación de lo contencioso administrativo, de manera expresa e inequívoca, había previsto la posibilidad de formular las reclamaciones durante la ejecución del contrato estatal, o a más tardar en el momento de su liquidación, en relación con las obligaciones incumplidas, lo que implicaba, sin duda alguna, que aquellas reclamaciones presentadas, no acogidas durante la ejecución del contrato y a las que se hiciera relación o referencia en el Acta de Liquidación tenían el carácter de constancias o salvedades, habilitando al reclamante para acudir al juez del contrato para que fuera este quien resolviera la controversia, como en efecto ocurría en el caso que se ocupaba.

Agregó que la jurisprudencia citada no exigía de las salvedades o de las constancias plasmadas en el Acta de Liquidación, las condiciones que la recurrente sugería en el texto de la contestación de la demanda, donde propuso excepciones, por el contrario, lo que la jurisprudencia exige es que se presenten las constancias o salvedades en relación con la existencia de discrepancias sobre aquellos temas que no lograron ser objeto de acuerdo, bien durante la ejecución del contrato, o bien en el momento de la liquidación del mismo, exigencias que, en efecto, se habían cumplida en tanto que en el acta de liquidación del contrato número 449 de 2003, en relación con las divergencias suscitadas durante la ejecución del Contrato celebrado entre SI 03, S. A., y TRANSMILENIO, S. A., aparecían manifiesta, detallada y claramente descritas.

Al mismo efecto, reprodujo en el capítulo de réplica a las excepciones, los folios 28, 29, 55 y 56 de su demanda en los que se expresaba la misma argumentación ya reproducida en este laudo.

Finaliza expresando que los fundamentos en que se sustentaba la proposición de la excepción no correspondían a la realidad, y solicitó desestimarla.

5. Sobre la excepción de caducidad de la acción respecto de las Pretensiones Principales a y b del numeral 1., Primera pretensión subsidiaria a la pretensión 1.1., Pretensión principal a del numeral 2, y primera pretensión subsidiaria de la pretensión 2.g. de la reforma de la demanda, expresa la convocante:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Que la accionada consideraba que cuando habiendo sido presentada en tiempo la demanda, posteriormente la accionante la corrige, adicionando o modificando sus pretensiones originales, por fuera del término de caducidad de la acción, en ese escenario resultaba evidente que las pretensiones corregidas o adicionadas habrían sido presentadas cuando frente a ella se había operado la caducidad.

La convocada, según SI 03, S.A., consideraba que las pretensiones referidas antes fueron formuladas por primera vez en la reforma de la demanda, presentada el 10 de abril de 2018, y por eso operó la caducidad de la acción porque el acta de liquidación bilateral del contrato se celebró el 25 de septiembre 2015, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 164 del literal j) ordinal iii) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual transcribió la accionada en la formulación de la excepción y por ello la demanda no podía ser corregida, adicionada o modificada en el momento en lo que se hizo, pues ya había ocurrido el fenómeno extintivo.

La replicante expresa, frente a la argumentación de TRANSMILENIO., S. A., que carece de fundamento legal y fáctico habida cuenta del texto del artículo 94 del código General del proceso, y lo dispuesto en el artículo 93 ibídem, los cuales pasa a analizar para demostrar su razón.

SI 0, S. A., 3 arguye que en el caso sub judice la demanda fue presentada oportunamente dentro los dos años previsto por la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales, contados a partir de la fecha del acta de liquidación del contrato; que el auto admisorio de la demanda fue notificado a la convocada dentro del año siguiente a aquel día en que se notificó el mismo a la parte convocante, razón por la que en ningún caso se reanudó, bajo los efectos de la norma citada, la contabilización del término de prescripción y, con este, el de la caducidad.

Se detiene, igualmente, en el contenido del artículo 93 del Código General del Proceso, y sostiene que, al corregir, adicionar y reformar la demanda, hizo uso del derecho establecido en los numerales 1 y 2 del citado artículo que permite, también, incluir nuevas pretensiones.

Arguye la demandante que acoger la pretensión sería desconocer abiertamente las previsiones citadas de los artículos 93 y 94 del Código General del Proceso, por lo que solicita desestimar esa excepción.

6. En cuanto a la inexistencia de fundamentos para reclamar intereses sobre el Valor de las sumas pretendidas por el no restablecimiento del equilibrio económico del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

contrato y el incumplimiento por no operación de la totalidad de la flota básica o referente entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, manifestó:

Que sucedía igual como con la formulación de las excepciones 1, 2 y 3 que carecían de la connotación de verdaderas excepciones, y que se trataba de argumentos jurídicos de defensa.

Indicó que eran apreciaciones jurídicas de la demandada, que debían decidir los árbitros en este proceso y, además, que en la había dedicado espacio para explicar por qué debían ser reconocidos por el Tribunal los rendimientos del capital, en la modalidad que considerara pertinente (mora, comerciales corrientes, ley 80 de 1993.), bajo el supuesto de que legalmente todo capital es productivo conforme a la ley civil (artículo 1671 C. C.), como estaba reconocido en el artículo 884 del Código de Comercio, y el artículo 4º, numeral 8º. de la ley 80 de 1993.

7. En relación con la excepción según la cual SI 03, S. A., no había incorporado toda la flota referente el 26 de marzo de 2005 y en consecuencia la indemnización de perjuicios solicitada era improcedente, consideró SI 03, S. A.:

Que la convocada estimaba que el 26 de marzo de 2005 la totalidad de la flota no tenía certificado de vinculación; replicó la convocante que para el 26 de marzo de 2005 setenta vehículos automotores se hallaban vinculados al sistema desde el día 22 de marzo de 2005.

Que posteriormente doce vehículos automotores fueron vinculados al sistema el día 29 de marzo de 2005, o sea cuatro (4) días después del inicio de la operación, para un total de 82 vehículos alimentadores.

Destacó que tal circunstancia, coincidía con lo informado en el Acta de Liquidación del contrato de concesión respecto de la cantidad de buses que a la fecha del inicio de la operación fueron vinculados al sistema.

Agregó que no era válido afirmar que a la fecha de inicio de la operación SI 03, S. A., no contara con la flota referente, debido a que los certificados de vinculación no eran expedidos de forma inmediata a la presentación de las respectivas solicitudes que elevaba el concesionario.

Por tal motivo solicitó desestimar la excepción propuesta.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

8. En cuanto a la excepción fundada en que al inicio de la operación regular del contrato de concesión no requería ni exigía la incorporación de la totalidad de la flota referente del concesionario, replicó la demandante:

Fuera de restarle carácter de excepción a la argumentación formulado por TRANSMILENIO, S A., sostuvo que era un punto de competencia de los árbitros, que se decidiría oportunamente y pidió desestimar la excepción

9. Sobre la excepción genérica que propuso la accionada, fuera de negarle el carácter de verdadera excepción, manifestó que carecía de toda connotación en la medida en que no se esgrimía ninguna razón en su proposición.

ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN EN LO ATINENTE A LAS EXCEPCIONES

A. ALEGACIONES FINALES DE CONCLUSION DE SI 03, S. A.

La parte convocante, luego de transcribir las manifestaciones formuladas por TRANSMILENIO, S. A., con ocasión de la decisión sobre competencia aceptada por el Tribunal para dirimir la controversia, manifestó que las apreciaciones de la convocada implicaban una clara y evidente equivocación, al plantear que el objeto de la controversia versaba sobre la existencia del Acta de Liquidación del Contrato de Concesión su contenido y, de otra parte, en la consideración de que respecto de algunas de las reclamaciones sobre las cuales se impetraba el pronunciamiento del Tribunal, no se plasmaron de manera taxativa en el cuerpo de la mencionada Acta.

Agrega la accionante que la demandada no propuso excepción a alguna a ese respecto, ni en la contestación de la demanda, ni en la contestación a sus reformas; y que en ellas se partía de su existencia y eficacia.

A juicio de SI 03, S. A., resultaba contradictorio cuestionar la existencia del Acta y cuestionar la carencia de constancias o salvedades en ella, por ser contrario esto al principio de contradicción.

Impugnó la posición de la convocada en cuanto sostuvo que el plazo para la práctica del acta de liquidación del contrato de concesión 449 de 2003 no podía ser objeto de prórroga por las partes, en razón de lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, y el carácter de orden público de esta disposición.

En el resumen de la sentencia de 23 de abril de 2018, sobre la cual se apoyaba la convocada para sostener la ocurrencia de la caducidad de la acción contractual

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

propuesta ante este Tribunal de Arbitramento, afirma que el Consejo de Estado sostuvo la improcedencia de reformar las demandas iniciales, con base en la prórroga del termino para liquidar el contrato, cuando la acción nacida de éste ya estaba caducada.

Arguye la convocante que, inexplicablemente, a pesar de lo expuesto, que TRANSMILENIO., S. A., pretendía extender los efectos de la ineficacia del acto jurídico que prorrogó el término para liquidar el contrato de concesión 449 de 2003, a la ineficacia del Acta de Liquidación del contrato, no obstante que esta acta, a la luz de la sentencia invocada, no se encontraba afectada en su validez y eficacia, en cuanto que fue suscrita dentro del término de dos años previsto por la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales, contados, no desde la fecha del acta de prórroga, sino desde el fenecimiento del término contractual y legal originariamente establecido para proceder con la liquidación del contrato.

En contrapartida, SI 0, S. A., citó la sentencia del Consejo de Estado de 16 de agosto de 2001, expediente número 14384, en la cual se sostuvo que el término de los seis meses no era perentorio, pues pasado los cuales no se perdía competencia para hacerlo, ya que las partes podrían practicar la liquidación de mutuo acuerdo, o la administración hacerlo unilateralmente.

Afirma la convocante que compartía la tesis del Consejo de Estado ya explicada y ponía de presente que en parte alguna de las demandas, de las reformas a las demandas y de las pruebas aportadas se había hecho alusión al acta del 21 de junio de 2015, por la cual las partes acordaron prorrogar el término para proceder con la liquidación del contrato, pues en la fecha señalada el contrato referido había terminado por expiración del plazo contractual, lo que ocurrió el 25 de marzo de la 2015.

Insistió SI 03, S. A., que ninguna consideración sobre la eficacia o ineficacia de la prórroga del 21 de julio de 2015 podía hacerse en el trámite arbitral de que se trata, pues la existencia de la prórroga ninguna incidencia tenía en el caso particular respecto de la caducidad de la acción de controversias contractuales, y concluyó no había excepción alguna que revisar sobre la competencia del Tribunal para conocer de la acción contractual por ocurrencia de caducidad de la acción y la ineficacia del acto jurídico de prórroga del término para liquidar, puesto que las demandas fueron presentadas dentro del término de caducidad como se comprobaría por la accionada a renglón seguido.

Como el plazo del contrato fue de diez años, que se contaría a partir del 26 de marzo 2005, el contrato terminó el 26 o de marzo de 2015, fecha en la que se inició el periodo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

establecido en la cláusula 124 del contrato y en la ley 446 de 1998, artículo 44 para liquidarlo, por ello la caducidad vencía el 26 de septiembre de 2017.

Como las demandas fueron presentadas el 22 de septiembre de 2017, dentro del término de dos años a partir del vencimiento del término con que se contaba para hacer la liquidación del contrato, lo que ocurrió el 25 de septiembre de 2015, deduce la accionante que no acaeció la caducidad de la acción, ni extemporaneidad en la presentación de las demandas.

Sostiene SI03, S. A., que el régimen jurídico aplicable al contrato es el de la ley 80 de 1993 y no el de la ley 1150 de 2007.

Controvierte, también, la afirmación de la concedente en el sentido de que respecto de algunas de las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda las acciones estarían caducadas y que fueron formuladas por primera vez.

Replica que al contestar las excepciones formuladas y descorrer el traslado del recurso de reposición contra el auto o mediante el cual asumió competencia el Tribunal, se había señalado que tales pretensiones no eran formuladas por primera vez y que, aun cuando así hubiera sido, no operaba frente a ellas el término de caducidad de la acción de controversias contractuales por hallarse debidamente notificada del auto admisorio de la demanda la parte convocada, dentro del término establecido por la ley.

Destaca el Tribunal que en el alegato de conclusión la convocante reitera los argumentos esgrimidos al replicar las excepciones propuestas frente a la reforma de la demanda por la accionada, y precisa que no existió caducidad en la proposición de las pretensiones nuevas que se enlistaron en la reforma de la demanda, de una parte, y, de otra, que en relación con la excepción de la improcedencia de pretender sobre un mismo concepto intereses e indexación, no correspondía a la realidad en la medida en que, como se verificaba con la lectura de la reforma de la demanda, no se estaba cobrando sobre un mismo concepto, intereses e indexación.

B.- Alegaciones finales de conclusión de la Empresa de Transportes del Tercer Milenio, Transmilenio., S.A.

En su alegato final TRANSMILENIO, S.A., reiteró, las excepciones propuestas dentro de la contestación de la demanda. respecto del "incumplimiento del contrato 449 de 2003 por el no restablecimiento del equilibrio económico – financiero del contrato y de incumplimiento del contrato 449 de 2003 por concepto falta de operación de la flota básica o referente."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Con ocasión del alegato final, sostiene la demandada la carencia de derecho de la accionante para formular ningún reclamo en sede judicial por concepto de unos supuestos incumplimientos del contrato, consistentes en no permitir la operación de la flota básica o referente, ni por un supuesto incumplimiento del debido restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el lapso comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007, como atrás quedó expuesto.

Según TRANSMILENIO., S. A., esos reclamos no sólo resultaban extemporáneos, sino que en el acta de liquidación del mismo no se había dejado ninguna salvedad expresa en que se estableciera claramente las inconformidades puntuales y expresas que legitimaran a SI 03, S. A., para reclamarlas por vía judicial.

Según la defensa de TRANSMILENIO., S A., resultaba claramente establecido en los antecedentes del acta de liquidación del 25 de septiembre de 2015, según el cuadro visible en la página 39 del Acta de Liquidación del contrato 449 de 2003, en el cual se anotó que dentro del contrato se surtió un proceso de arreglo directo referido a una "reclamación en relación con el incumplimiento del contrato, ruptura del equilibrio económico del contrato", la cual resultó fallida.

Agrega TRANSMILENIO, S. A., que no obstante la referencia al agotamiento de la etapa de arreglo directo, no existía dentro del acta de liquidación, ninguna salvedad puntual, clara y expresa de parte de la sociedad SI 03, S. A., relacionada con el objeto del trámite de arreglo directo. Agrega que la incorporación dentro de los antecedentes en el acta de liquidación del cuadro resumen del agotamiento del arreglo directo no tiene la capacidad de manifestar una contrariedad del concesionario a paz y salvo que implica la suscripción del acta de liquidación de mutuo acuerdo, respecto de las pretensiones de incumplimiento contractual insertas en la demanda.

Destacó que en el acápite de salvedades expresas dejadas por la sociedad SI 03, S. A., (Numeral 3.11, pág. 65 y sigtes del Acta de Liquidación), en el acta de liquidación, no existía ninguna que se refiriera, ni al supuesto incumplimiento en la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, planteado en la demanda, ni al supuesto incumplimiento contractual por la no operación de la flota básica referente.

Puso de manifiesto que la reclamación económica de la concesionaria de 11 de agosto de 2014, con la que se inició la etapa de arreglo directo dentro del contrato, fue analizada por la concedente dentro de los plazos y conforme al procedimiento contractualmente establecido, llegándose a la decisión final en la audiencia del 10 de diciembre de 2014, (Anexo 9, carpeta 68, fl. 159 al 204 de pruebas aportadas con la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

contestación de la reforma de la demanda) en la cual TRANSMILENIO, S. A., expuso a SI 03, S. A., las razones por las cuales, en su concepto, no procedía la reclamación y, en consecuencia, se declaró fallida la etapa de arreglo directo; se detiene la defensa de TRANSMILENIO, S. A., en revisar las razones que tuvo para negar la reclamación.

En cuanto a la caducidad de la acción, afirma la convocada: "se dijo que del escrito mediante el cual se solicita el equilibrio económico del contrato por parte del concesionario SI 03., S. A., se desprende que los hechos que daban origen a la reclamación fenecieron el 9 de octubre de 2007, fecha en la cual empezaba a aplicarse el Otrosí número 6 del contrato."

Que la solicitud de reclamación por el desequilibrio económico del contrato fue radicada en la entidad el 14 de agosto de 2014, lo que se traducía en que entre una fecha y otra, es decir, entre la fecha en que cesaron los motivos de desequilibrio y la fecha en que se presentó el reclamo económico transcurrieron casi 7 años, por lo que dicha reclamación se encuentra bajo el fenómeno de la caducidad, con fundamento en los motivos que expuso entonces la accionada, que en el alegato de conclusión se transcriben, entre ellos el hecho de que habían pasado más de dos años desde cuando la causa de la solicitud había fenecido y la fecha de su presentación. (Artículo 164 de la ley 1437 de 2011.)

En relación con el principio de la buena fe, prosigue la defensa de TRANSMILENIO, S. A., diciendo que llamaba la atención, independientemente de la ocurrencia o no de la caducidad, la violación al citado principio conforme al cual debían actuar las partes, según el artículo 5 de la ley 80 de 1993 y transcribe parte del acta en los siguientes términos:

"(.....) Que en este sentido, es claro que con la reclamación formulada por parte del concesionario, se está violando dicha máxima jurídica toda vez que no se estaría honrando la palabra dada por parte de SI 03, S. A., respecto a la renuncia de ejercer cualquier acción encaminada al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que se entendía que con las medidas tomadas dentro de los OTROSÍ se lograba de forma clara el reajuste del equilibrio contractual, bien por incumplimiento, bien por desequilibrio propiamente dicho." Igual ocurría, afirmó, en relación con la solicitud de incumplimiento que es anterior a la del desequilibrio propiamente dicha y que se solucionaba con el otrosí No. 6 del 2005.

Prosigue TRANSMILENIO, S. A expresando que faltaba a la buena fe el contratista porque la oportunidad que se tenía, en caso de que no se hubiera equilibrado el contrato dentro del periodo reclamado, era en la celebración de los mencionados otrosí

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

No. 6, toda vez que la finalidad que tenían los mismos era precisamente el restablecimiento del equilibrio, porque lo que no se entendía el porqué del oportunismo del concesionario, que luego de casi 7 años de celebrado el documento, pretendiera solicitar la indemnización por el supuesto equilibrio contractual o en un incumplimiento ya discutido ampliamente entre las partes.

Sostiene también la defensa de la convocada que era un deber del concesionario "derivado del principio mencionado, al momento de celebrar los dos otrosí mencionados en esta resolución plantear todos los aspectos relacionados con sus reclamaciones, pero no le era dable jurídicamente guardar silencio por 9 o 7 años respectivamente, para tratar de revivir un tema en el cual se firmaron documentos contractuales que tenían por demás efectos transaccionales (...)."

La convocante "tampoco acudió a sede judicial de forma inmediata, ni hizo salvedad expresa en el Acta de Liquidación del contrato 449 de 2003."

El hecho de haber adelantado la etapa de arreglo directo en el año 2014, proponiendo controversias surgidas 7 o 9 años atrás, hacía que no existiera oportunidad en la reclamación, cuando además se suscribieron varios otro sí con fecha muy anterior a la reclamación, que trataban sobre los mismos asuntos sometidos a controversia.

Cita TRANSMILENIO., S. A.; una providencia del Consejo de Estado en el aparte donde sostuvo que en la liquidación del contrato existía la oportunidad de manifestar con claridad el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad. (Sentencia del 11 de marzo de 2011, Sección Tercera, Sub Sección A, exp. 16.246.)

Y trajo a colación segmento de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de fecha julio 6 de 2005, expediente 14113, C.P. Allier Eduardo Hernández, en la cual sostuvo, " No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a las cuales se refiere el artículo citado (NB del Tribunal, el 1602 del C.C.), desde ese punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes."

Y en tal providencia, como segundo soporte de la tesis que sostuvo el Consejo de Estado, agregó que ésta se fundaba en que el principio de valor normativo no se ponía en duda, pues se apoyaba en primer lugar en el artículo 83 de la Carta Política según el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

cual “ las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe,” la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”, y recordó que de acuerdo con el artículo 1603 del Código Civil, los contratos debían ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligaban no solo a lo que en ellos se expresaba, sino a todas las cosas que emanaban precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecieran a ella, además de lo previsto en el artículo 871 del Código de Comercio.

En el escrito TRANSMILENIO., S. A., se ocupa en seguida de consideraciones especiales en cuanto al supuesto incumplimiento de la obligación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por hechos acaecidos entre el 26 de marzo 2005 y el 9 de octubre de 2007.

Al respecto expresa que las pretensiones e y f, se referían a dichas fechas lo que claramente demostraba, con base en lo previsto el artículo 164, letra j), del numeral 2), la ocurrencia de la caducidad, pues mal podría pensarse que la suscripción del Acta de Liquidación reviviera el término de caducidad superado, máxime cuando en ella no se habían dejado salvedades expresas sobre el punto relativo al dicho incumplimiento.

Negó la ocurrencia del incumplimiento en relación con el desequilibrio económico pues, después de los análisis económicos, jurídicos y financieros, el 27 de septiembre 2007 se suscribió el otrosí No. 6 al contrato 449 de 2003 en el que las partes pactaron un ajuste en la remuneración por pasajero a favor del concesionario, y que en dicho estudio, entre otras consideraciones, estuvo la hecha por TRANSMILENIO., S. A., según la cual el ajuste contemplaba la recuperación del 100% de la inversión por vehículo en el plazo comprendido entre la firma del otrosí y la terminación del contrato de concesión. Esto incluía, el costo de los vehículos, los gastos por chatarrización y las inversiones necesarias para la puesta en operación.”

En el estudio elaborado por TRANSMILENIO, S. A., entre otras afirmaciones se dijo que “el ajuste propuesto considera la recuperación de la inversión en el tiempo restante de la concesión a partir de la firma del acuerdo, por lo tanto, dicho costo no podrá ser considerado en futuras reclamaciones referentes al tema de pérdidas acumuladas.” (Según el pie de página 12, pág. 18 del alegato de conclusión de la accionada, se afirma que el documento se hallaba incorporado al expediente como anexo No. 2 del dictamen pericial realizado por Strategas Consultores S. A. S.)

Apoyado en el dictamen de contradicción del perito Guillermo Orozco, para “oponerlo al elaborado por la firma Strategas Consultores., S.A., en el dictamen de contradicción, la convocada afirmó que, aunque era correcto afirmar que la tarifa se debía ajustar en

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

\$113/Pasajero, se equivocaba STRATEGAS al concluir que el ajuste estuvo dirigido a cubrir los costos de operación del concesionario SI 03, pues el objetivo era la recuperación de la inversión y el repago de la deuda.

Agrega en su alegato la accionada que, en la cláusula segunda del Otrosí del 27 de septiembre de 2007, las partes pactaron que "EL CONCESIONARIO manifiesta expresamente que renuncia a iniciar cualquier reclamación por costos asociados a la inversión en vehículos, chatarrización y preoperativos."

Se considera en el alegato que quedada evidenciado que la concesionaria al suscribir el otrosí mencionado entendió, sin ambages, que las medidas económicas adoptadas para equilibrar el contrato 449 de 2003 eran adecuadas y así lo pactó.

Menciona, adicionalmente que jurisprudencialmente estaba aceptado que en desarrollo del contrato estatal las partes, cuando no hacen salvedades, ni aclaraciones económicas dentro los contratos adicionales, bien en documento previo a la suscripción de éstos o posteriormente, no pueden sorprender a la administración con demandas relacionadas con los hechos acordados o regulados, so pena de ser considerada esta última conducta como contraria a la buena fe contractual.

Cita decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual:

"... Es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con las reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dicho.

"Esta sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato.

"no encontraba la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretendiera censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido cuando estuvo de acuerdo con las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

mismas, y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, sí lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio sí se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término con del contrato planteado por el actor...” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 1992, expediente 6032, C. P, Daniel Suárez Hernández.)

La convocada efectúa citas adicionales de decisiones del Consejo de Estado sobre este asunto particular, para reafirmar las tesis que expuso respecto a la inserción o no de salvedades en el Acta de Liquidación y de su alcance. (vid. Págs. 18 y sigtes de su alegato.)

Agrega la demandada cita, según la cual, “si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.” (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa, expediente 18080.)

Imputando a la accionada obrar en contravía de sus actos propios, sostuvo TRANSMILENIO, S. A., en el alegato de conclusión, que era claro que en caso sub judice se daba aplicación a la tendencia moderna, tanto jurisprudencial como doctrinaria, en el sentido que era contrario a la buena fe contractual exigir indemnizaciones derivadas de la aplicación de la teoría de los actos propios, derivada del principio general de la buena fe, y enmarcada dentro los límites que está impone y que refuerza la seguridad negocial, apoyado en cita del Autor Alejandro BORDA, “La Teoría de los actos propios.”

TRANSMILENIO, S. A., pasa a ocuparse en el alegato de conclusión sobre las pretensiones de incumplimiento del contrato por falta de operación de la flota básica o referente y formula al respecto algunas consideraciones especiales.

Indica que las pretensiones c y d se refieren a supuestos incumplimientos ocurridos entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006, lo que hace evidente que el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

término de caducidad de la acción estaría vencido, según la norma ya citada en otro sitio, artículo 164 de la ley 1437 de 2011, y que la suscripción del acta de liquidación, varias veces mencionada, no tenía la virtud de revivir o reanudar el término de caducidad ya superado, máxime cuando en dicha acta no existía salvedad expresa sobre este punto de la demanda, por incumplimientos de la falta de operación de la totalidad de la flota básica o referente.

Afirma que el supuesto incumplimiento consistente en impedir operar la totalidad de los 80 vehículos automotores que conformaban la flota básica de operación en el lapso citado, no se encontraba probado en el expediente con ningún hecho que lo demostrara.

Afirma que, al contrario, TRANSMILENIO, S. A., cumplió con todas las obligaciones a su cargo y que su comportamiento contractual se ajustó a las estipulaciones pactadas, entre otras al contenido en la cláusula 124 del contrato.

En ésta se establecía que la operación regular iniciaba con cualquier número de vehículos, según el parecer de la demandada, y no se exigía que el número de vehículos requeridos fuera igual a la flota básica referente establecida para la Zona Sur, que era de 80 buses alimentadores

Se agrega en el alegato que había quedado demostrado que conforme con la cláusula 115 del contrato, la etapa de la operación regular se iniciaba a partir de la fecha establecida por TRANSMILENIO, S. A., para que el Concesionario iniciara la operación de su flota en el sistema y que esta norma no exigía, para operar - sostiene la accionada- el número de buses que integraban la flota básica referente -80- (En pie de pág. la demandada transcribe la cláusula 39, inciso segundo del contrato, arriba inserta., págs. 26 y 27 del alegato.)

Argumenta también TRANSMILENIO, S. A., que en el periodo arriba mencionada, en el plan de transición suscrito por las partes de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo de la mentada cláusula 39, la operación inició con la flota básica inicial de operación de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo de la cláusula 39 del contrato de concesión 449 de 2003. (la cual inserta en pie de página como quedó anotado.)

Manifiesta la accionada que no incumplió cláusula alguna del contrato 449 de 2003, ni limitó en forma alguna la operación de la flota SI03, S. A., la cual fue puesta en operación de la manera como las circunstancias excepcionales, la etapa de transición y el contrato lo permitieron, conforme a lo pactado.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Mencionó TRANSMILENIO., S. A., que al expediente fue arrimado el dictamen pericial elaborado por Unión Temporal Valor (Capital Corp. SAS – Alfonso Castellanos Rueda), cuya práctica decretó el Tribunal con el objeto de acreditar los ingresos dejados de percibir por la demandante por la no operación de la totalidad de la flota básica o referente entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006 a fin de que se determinara el capital, se calculará la indexación, los intereses comerciales de mora, los intereses establecidos por el art. 4º. Numeral 8º. de la ley 80 de 1993.

Sostuvo la accionada que para controvertir dicho dictamen presentó uno de contradicción, con el que, según se dice en el alegato de conclusión, quedó demostrado que el dictamen presentado por la Unión Temporal Valor no versó sobre el objeto de la prueba como fue decretada por el Tribunal y que el perito de contradicción demostró que dicho dictamen contenía graves errores e inconsistencias que le restaban toda credibilidad.

Arguye la defensa de TRANSMILENIO., S. A., que en el dictamen de contradicción, ratificado en la audiencia de contradicción celebrada el 30 de enero de 2019, se sostuvo que el dictamen glosado se concentró en la estimación de la demanda de pasajeros que habría existido en la denominada etapa 1, si en dicha etapa hubieran estado en servicio las estaciones General Santander y Portal Sur, con el fin de calcular los ingresos dejados de percibir por pasajeros no transportados por el concesionario durante ese lapso.

Dejó de lado, sostiene la impugnante, la pregunta formulada, cuyo texto era muy claro y apuntaba a que se calcularan los ingresos dejados de percibir por la demandante como consecuencia de la no operación de la totalidad de la flota básica o referente durante el periodo mencionado,

Para realizar el cálculo, dice el perito impugnante, era imprescindible considerar, para dar respuesta al tema propuesto en la pregunta –pero que en el dictamen no se tuvo en cuenta para nada, pues se hizo una valoración de demanda de pasajeros sin relación alguna al número de buses en que tales pasajeros se habrían movilizad-, circunstancia que, -como lo pretende demostrar la impugnación- implica que los cálculos realizados por el perito no contienen una respuesta válida al interrogante planteado.

La censura que formula el perito de TRANSMILENIO., S. A., se sintetiza en que como la flota básica referente podía aumentarse o disminuirse, según lo autorizado por la cláusula 39 del contrato, no se podían establecer los ingresos dejados de percibir por el concesionario en el lapso denominado etapa 1 por la no operación de todos los buses, a

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

partir de la estimación de los pasajeros movilizados en la etapa dos, sin determinar en cuántos buses se movilizaron esos pasajeros, porque en esta etapa estaban vinculados y operando más de los 80 buses a que se refiere la pregunta que el perito debía absolver y por eso los datos así obtenidos no resultaban comparables y no arrojaban un resultado válido sobre el tema por dilucidar.

Agrega la pericia de contradicción que al observar las gráficas presentadas en el diagrama de dispersión de datos utilizados se concluía que no necesariamente había una relación directa entre el número de buses y el número de pasajeros, es decir, no necesariamente por tener más de más o menos buses se transportan más o menos pasajeros, pues se observaban puntos por debajo de la línea recta que mostraban que el número de pasajeros en la etapa 2 era similar al de la etapa 1, no obstante que en dicha etapa 2 el concesionario no sólo contaba con la totalidad de la flota básica, sino que tenía un número de buses superior.

Concluye el perito de impugnación que la metodología utilizada por el perito objeto de examen para calcular la demanda de pasajeros era correcta desde el punto de vista estadístico, pero no respondía a lo solicitado por el Tribunal, que era estimar los ingresos dejados de percibir por falta de operación de todos los que componían la flota básica o referente en el periodo ya mencionado, pues el análisis y desarrollo de cualquier metodología debería necesariamente contemplar el número de buses en operación en las etapas en las que se hizo ese cálculo.

Concluye la demandada solicitado al Tribunal nuevamente, declarar la procedencia de las excepciones planteadas a lo largo del proceso, así como los argumentos de defensa planteados y en consecuencia la denegación de la totalidad de las pretensiones de las demandas.

CONCEPTO RENDIDO POR LA SEÑORA SEXTA JUDICIAL Y II ADMINISTRATIVA DE BOGOTÁ PROCURADORA DELEGADA ANTE ESTE TRIBUNAL.

En la vista fiscal se establecen los antecedentes del caso que se debate, se indican la circunstancia de que se trata de un proceso con demandas acumuladas, las partes involucradas, sus pretensiones, sus respectivas contestaciones y las distintas excepciones propuestas, y el trámite surtido dentro del proceso.

La distinguida colaboradora fiscal precisa el ámbito de la controversia, para lo cual realiza una síntesis de cada una de las dos demandas acumuladas y las pretensiones correspondientes.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Pasa a ocuparse luego de la contestación dada la demanda por la accionada TRANSMILENIO., S.A., y de precisar las excepciones propuestas por la convocada, y la réplica al respecto de la convocante.

En sus consideraciones, el dictamen de la agencia del Ministerio Público examina la competencia del Tribunal, la cual encuentra debidamente establecida.

Además se ocupa en señalar la posición de TRANSMILENIO, S. A., respecto del acta de liquidación bilateral del contrato 449 de 2003, fechada y suscrita por las partes el 25 de setiembre de 2015, que la considera ineficaz, por carecer las partes de facultades para prorrogar el término p de la liquidación.

También en la vista fiscal se estudian la excepción de caducidad de propuesta por la convocada respecto de algunas de las pretensiones formuladas por TRANSMILENIO., S. A., y concluye que había ocurrido, el momento de presentarse y formularse la reforma de la demanda 5406, la caducidad de la acción, respecto de las pretensiones de la demanda sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato las identificadas con los números 1. a.. 1.b; y Segunda pretensión subsidiaria de la 1. I, , y, respecto de la demanda acumulada-reversión-la pretensión primera y la primera subsidiaria a la pretensión 1. 1.

Considera el Concepto, respecto de las demás pretensiones, cumplido el requisito de presentación dentro del plazo legal, y a su análisis y decisión.

RESPECTO DE LA DEMANDA 5406:

Sintetiza la argumentación de SI 03 en cuanto al equilibrio económico del contrato y la urgencia de ese restablecimiento, y rememora la distribución de riesgos establecidas en el contrato de prestación del servicio público de transporte 4492 1003, especialmente en la contenida en su capítulo 10, cláusulas 104 a 108, y las regulaciones contenidas en la cláusulas 3 y 2 relacionadas con el concepto del equilibrio económico del contrato de concesión 449 de 2003.

Se detiene también la vista fiscal en el argumento de la convocante respecto a de la falta de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, no obstante la medida adoptada en el otrosí No. 06. , y hace referencia al hecho de que la accionante hubiera formulado reclamación respecto de la materia mencionada en el mes de agosto de 2014.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Al respecto de la posición de TRANSMILENIO, S.A., en cuanto a las salvedades en materia contractual, con ocasión de la liquidación bilateral del contrato, concluye, luego de analizar el acta de liquidación bilateral del contrato, que en ella no se contienen los requisitos mínimos para calificarse como salvedades o inconformidades las constancias dejadas por la convocante, en cuando al reclamo formulado en sede judicial relativo al desequilibrio económico e incumplimiento contractual respecto de la flota básica de referencia.

En lo que concierne a las pretensiones y condenas fundadas en el incumplimiento del contrato por la ocurrencia de la reversión de los bienes (demanda 5407), reiteró que no procedía el análisis respecto de algunas pretensiones incluidas en la reforma de la demanda sobre declarar la existencia del contrato y la condena del pago de intereses sobre el capital indexado, desde el mes de marzo de 2015 hasta marzo de 2018 por haber ocurrido, respecto de esas pretensiones la caducidad de la acción.

Respecto del tema de la reversión concluye no ser cierto que, a luz de las normas vigentes, opere por el ministerio de la ley la reversión.

La vista fiscal se ocupa de la estudio de los dictámenes de parte y de los rendidos para controvertir los, se ocupa especialmente de la indemnización material pedirá poder SI03., S.A.

Para examinar la cuestión, recuerda que la convocante solicitó condenar a la accionada, a título de indemnización de perjuicios, la suma de \$1.555.979.946, equivalente al valor de la flota revertida cuya composición precisa la Sra. Procuradora en su escrito.

Examina igualmente el dictamen de parte rendido por A&G, a instancias de la convocante, para determinar el justiprecio del valor razonable de los buses revertidos; igualmente, hizo la evaluación del contra dictamen escrito presentado por la parte convocada y rendido por el ingeniero Guillermo Orozco Pardo, quien también rindió, en el mismo escrito, dictamen de parte ofrecido por TRANSMILENIO., S.A.

Después de su detenido estudio de los varios dictámenes, se inclina por otorgar fuerza demostrativa de la cuantificación de la indemnización reclamada por SI03, a las conclusiones alcanzadas por el perito de la parte Convocada.

Para ese efecto en la ya mencionada pericia, partiendo del enfoque de ingresos, y el concepto de valor actual de los flujos futuros esperados, considerando que tenía información de los estados financieros de la sociedad SI03 a marzo de 2015, y se conocían el flujo de efectivo de ingresos y sus gastos, proyectaban los proyectaba esos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

mismos flujos durante la vida útil de remanentes de los buses, con una tasa de descuento, así determinar el valor presente de los buses revertidos.

Sintetiza también los hechos de la demanda en cuanto a la pretensión de incumplimiento del contrato por falta de operación de la flota básica o referente, dada la carencia de infraestructura para operar la prestación del servicio, lo que impidió activar la totalidad de los buses exigidos al concesionario según la clausura 39 del contrato, y sus consecuencias.

En el resumen de la demanda, la Sra. Procuradora Delegada aludir a la afirmación de la convocante que de acuerdo con el oficio 6721 del 24 de setiembre de 2004 el inicio de la operación se anunció por medio de ese oficio y no del acta de inicio, como estaba previsto en el contrato, y que como se desprende de la lectura del acta de liquidación del contrato el demandante tenía vinculados 82 buses alimentadores para esa fecha.

También hace mención al hecho de la demanda según el cual la remuneración del concesionario en el lapso comprendido entre el 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2006 fue por pasajero transportado y que la falta de operación de la totalidad de la flota implicó que el tiempo de operación regular, no fue de diez años, como se había pactado, sino para un periodo menor, por lo que el plazo debió contabilizarse a partir del 14 de abril de 2006 lo que, según la demandante, implicó dejar de percibir importantes sumas de dinero.

Se aludió también, en el concepto del Ministerio Público a la afirmación de la demandante a la razón dada por TRANSMILENIO, S. A., para el negar la solicitud del establecimiento del equilibrio económico del contrato por la causa mencionada, esta vez el hecho de que se había operado inicialmente en régimen de excepción, porque no existía la flota completa para la fecha de entrada en operación y ello permitía operar con un número menor a 80 vehículos, argumentó que rechaza SI03,, pues, sostuvo la convocante en parte alguna del contrato se pactó que la excepcionalidad tuviera efectos sobre el número de vehículos al que tenía derecho a operar el concesionario.

La excepcionalidad tenía efecto, según la convocante, sobre la remuneración, debido, a que en esa situación se podía operar en con vehículos usados y hace mención del hecho de la demanda según el cual la canasta de costos estaba conformada por variables y fijos,, y entre estos los costos de capital, que representaba un 33.2% de la canasta de costos, por lo que la tarifa geriátrica un descuento de 0.92, que aplicado a la fórmula establecida en el contrato para determinar la tarifa se traducía en una disminución de la remuneración en un 92% y de recuerda la vista fiscal que según la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

demanda el 8% de descuento o procedía a que no se remunera costos de capital y sólo los costos fijos restantes.

Estimó los ingresos dejado de percibir en \$878 626 542 y las pérdidas en la \$1.474.472.205.

En cuanto a los hechos relativos al incumplimiento del contrato generado por la agresión de bienes el Ministerio Público sintetizó los argumentos de la sociedad de SI 03., S. A., según los cuales, vencido el plazo contractual y con ocasión de la liquidación bilateral del contrato expresó TRANSMILENIO pronto, S. A., exigió al concesionario la transferencia de la totalidad de la flota de buses alimentadores, argumentando que sobre dichos bienes operaba la reversión, a lo cual hizo oposición a la demandante, y dejó en el acta de liquidación y bilateral del contrato para formular solicitudes de decisión de la cuestión.

Se refirió en la vista fiscal al hecho de que los vehículos automotores integrantes se de la flota en la operación fueron transferidos el 26 de marzo de 2015 a la concedente, según constaba en el acta de liquidación del contrato, en la cual se relacionaron detalladamente cada uno de los 119 vehículos integrantes de la flota, y que la sociedad actora precisó que se relacionaban nueve vehículos que no eran objeto de reversión, y fueron distintos de los 119 mencionados.

Que en cuanto a los siendo diecinueve mencionados se entregaron a la concedente documentos como el SOAT, la licencia de tránsito, el certificado de revisión técnico mecánica, la tarjeta de operación y la hoja de vida de mantenimiento de los citados automotores.

Respecto de 27 buses relacionados por placa, si bien no aparece SI 03., S. A., como propietario, ello obedecía a que se trataba de buses adquiridos mediante leasing, respecto de los cuales no ejerció la opción de compra y acordó que el traspaso de la propiedad se hiciera directamente por las compañías de financiamiento comercial a TRANSMILENIO., S. A., y así se hizo constar en el punto 2.3 del Acta de Entrega de los vehículos.

Estimó el Valor comercial de los 119 buses, objeto de reversión, en la suma de ONCE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS, (\$11.155.979.496. 00)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Igualmente en el concepto del Ministerio Público se hace una síntesis de la contestación a las demandas, y la posición de la convocará frente a ellas y de las excepciones formuladas.

Estas son:

En el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en su prestación;

Los bienes de la concesión fueron amortizados contra la tarifa, por lo que procede su reversión a favor de TRANSMILENIO., S. A.;

En la celebración del acta de liquidación del contrato no se incurrió en fuerza o dolo que pueda invalidarla;

Caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales 9,10 y 11; primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11 de la reforma de la demanda;
Improcedencia de cobrar sobre un el mismo concepto intereses e indexación;
Inexistencia de fundamento para reclamar intereses sobre el valor pretendido por los vehículos objeto de reversión;

LAS CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Entre las consideraciones del Ministerio Público se encuentra el estudio de la caducidad de la acción propuesta por la demandada.

Para accionar el punto, la vista fiscal hace mención del artículo 264 del CPACA y de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de mayo de 2016, en la cual afirmó que le competía al juez determinar cierta si el fenecimiento del plazo preclusivo otorgado por la ley para el uso del derecho de acción del medio de control correspondiente, impedía que el juez se pronunciara favorablemente a las añadiduras de peticiones que se hicieran al escrito inicial, sin distinción alguna –nuevos demandantes, nuevos demandados o nuevos puntos de discusión-, o dicho instituto a procesal a su favor, por lo que solamente a ellos les es posible modificar y adicionar su demanda sin miramiento a la caducidad de acceder a la administración de justicia.

Prosigue el Ministerio Público expresando que en la caducidad de la acción como limitante tiempo dentro del cual se tiene derecho a acceder a la jurisdicción, se pierde cuando no se utiliza el derecho en el periodo objetivo determinado por la ley al efecto, y cita "... rige tanto para el momento en que se deben pretensiones a través de la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

demanda que inicie un proceso jurisdiccional, como para cuando se pretenda adicionar nuevas peticiones a ese primer introductorio, para agregar nuevos demandantes, nuevos demandados y nuevos objetos de litigio-todo lo cual se hace a través de la manifestación de pretensiones procesales, en tanto que para ambas situaciones se requiere del empleo de dicho derecho de acción que de estar caducado, no puede exceder válidamente utilizado.

Y continúa:

".. Que en este punto, conviene destacar que el término para ejercer el derecho de acción se diferencia completamente del plazo establecido por la ley para reformar la demanda, de manera que no pueden confundirse y mucho menos considerarse al último como una extensión del primero, en tanto ello no fue prevista por el ordenamiento jurídico y conllevaría igualmente a que se afecte la seguridad jurídica de manera irreflexiva e innecesaria, cada vez que los términos establecidos por el legislador para acudir a la administración de justicia que se cuentan a partir del mismo momento en que surge el interés para demandar, son los suficientemente amplios para que se eleven las solicitudes necesarias."

Según la Agencia Fiscal, ya jurisprudencia considera que la verificación de la caducidad de la acción únicamente debe efectuarse en relación con la nueva pretensiones, para cuya manifestación se debe emplear el derecho de acceso a la administración de justicia, y no respecto de aquéllas que se hubiesen elevado y que luego se pretenda su modificación en el tiempo para reformar la demanda, en tanto como dichas peticiones ya se habían formulado, para su alteración no es necesario utilizar el derecho de acción, sino que basta con acudir a las normas que regulan el instituto o denegación de la demanda (....)

Bajo esa perspectiva, continúa la Procuraduría, la caducidad de toda nueva pretensión sin perjuicio de que ésta se formule al comenzar el proceso, o durante su trámite vía de libelo introductorio, dls de verificada, aun de oficio, identificando si se trata de una nueva pretensión o de una reforma una enmienda del haya formulado inicialmente, había cuenta de que, si sólo se trata de una modificación, debe entenderse que beneficio de ella cedió al presentar la demanda original o primigenia, no así en tratándose de una NUEVA pretensión.

Deteniéndose en las pruebas del proceso, anota que las demandas fueron presentadas del 22 de setiembre de 2017, radicadas bajo los números 5406 5407, que posteriormente la convocan que modificó cada una de las demandas –EN LAS OPORTUNIDADES DE REFORMAR.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Infiere la distinguida Colaboradora Fiscal que las pretensiones elevadas en la demanda original de lo fueron el tiempo oportuno toda vez que el 25 de setiembre 2015, cuando se suscribió la liquidación bilateral del contrato, marca el hito para el conteo del de exterminio de ir al de 2 años para demandar, por lo que fueron presentadas oportunamente las pretensiones originarias o primigenias, pues no habían transcurrido los dos años; no así para el 10 de abril de 2017, fecha de presentación de la REFORMA LA DEMANDA, cuando ya había preconcebido la oportunidad de ley para formular nuevas pretensiones.

Respecto de la pretensión de la demanda con solicitud del establecimiento del equilibrio económico del contrato y su incumplimiento por no operación de toda la flota, el concepto rendido, afirma que al comparar las con pretensiones originales y las de la reformas, sólo las 1.a., 1.b, y segunda pretensión subsidiaria de la 1.i, constituyen NUEVAS pretensiones respecto de las iniciales, por lo cual respecto de ellas debe declararse su caducidad.

Enseguida manifiesta que, respecto de la demanda de la improcedencia de la reversión, la pretensión PRIMERA –declarar a la existencia del contrato 449 de 2003, y la primera subsidiaria la pretensión 11 (que incluye la condena por intereses contemplados por la ley 80 de 1993), constituyen PRETENSIONES NUEVAS, y por estar fuera del término de 2 años, deben declararse permeadas de fenómeno de la caducidad.

En cuanto a las pretensiones a que se refiere la demanda 5406, relacionadas con el no restablecimiento del equilibrio económico del contrato y el incumplimiento por parte de operación de la renta básica referente, consideró la vista fiscal:

Sobre la ocurrencia de la caducidad, de acuerdo con la jurisprudencia existente al respecto, y que de acuerdo con el precedente jurisprudencial, se ha venido insistiendo en que quien no hace salvedades claras y expresas en el acta de liquidación no puede luego concurrir al juez del contrato a pretender de reconocimiento de derechos no reclamados al momento de la liquidación.

Que si bien se adelantó la reclamación, ella no hace para del acta de liquidación, negocio jurídico diferente e independiente y recordó las exigencias establecidas en la jurisprudencia respecto de las características que debían contener las salvedades formuladas en el acta de liquidación.

Agrega la colaboradora fiscal que dado el carácter de negocio jurídico que tiene la liquidación bilateral, las inconformidades deben quedar a salvo parecer decididas por la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

autoridad judicial, y deben quedar no sólo consignadas, sino expresadas en forma clara concreta y precisa.

Agrega que de cara al principio de la buena fe y del deber que de él surge de comunicación entre las contrastantes, las actividades deben quedar plasmadas de manera tal que el co contratante conozca las circunstancias precisas de las mismas, y quedan sin valor las salvedades genéricas, indeterminación que las hace inválidas e inidónea para acudir posteriormente a un debate judicial, pues lo que se protege no es sólo la naturaleza del negocio jurídico, sino también el principio de la buena que rige toda relación bilateral.

Precisa que respecto de la demanda identificada como 5406, fundada en la inconformidad de la concesionaria por el incumplimiento del contrato y la falta de operación de la totalidad de la bota de buses y la ruptura del equilibrio financiero del contrato, por el incremento de los costos de su operación y mantenimiento, que para abrirse paso a instancias judiciales esos reclamos y estas inconformidades debían consignarse de forma clara y precisa,, y bien concretar, y en el acta de liquidación del contrato, que era la oportunidad para formular dichos reclamos.

Analizados los apartes del acta de liquidación bilateral, el Ministerio Público considera que no contiene los requisitos mínimos para calificarse como salvedades o inconformidades, que, en atención a la buena fe del co contratante, precisen el con qué, y porqué, no estaba de acuerdo respecto de lo que hoy reclama por desequilibrio económico e incumplimiento contractual de que la flota básica de referencia, máxime cuando había conocido la accionante, en la etapa de arreglo directo, que TRANSMILENIO., S. A., no aceptaban sus reclamos, y que aquella etapa administrativa había sido fallida y no hacía parte de la etapa pos contractual de liquidación bilateral del contrato, salvo que la respectiva Acta se dejarán las salvedades claras y expresas.

REGULACIONES DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Las normas legales

El contrato quedó sometido en lo pertinente a las disposiciones de la ley 80 de 1993, artículos 60 y 61.

En la exposición de motivos de lo que fue luego la ley 80 de 1993. se dijo respecto de este tema, que la liquidación era el procedimiento a través del cual, una vez concluido el contrato, las partes verificaban en qué medida y de qué manera cumplieron las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

obligaciones recíprocas derivadas de él, a fin de establecer si se encontraban o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

El artículo 60 de la ley 80 de 1993 estableció respecto de la ocurrencia y contenido de la liquidación de los contratos, que los de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongara en el tiempo y los demás que lo requirieran, serían objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuaría dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordenara la terminación o a la fecha del acuerdo que la dispusiera.

En cuanto al contenido de la liquidación, el inciso segundo del citado artículo estableció que también en esta etapa las partes acordarían los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiera lugar.

En el inciso final se dispuso que para liquidación se exigiría al contratista la extensión o ampliación, sí era del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o del servicio suministrado, a la provisión de repuesto y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que debía cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

El texto del artículo 60 fue modificado por el artículo 217 del decreto 19 de 2002 el cual estableció que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongará en el tiempo y los demás que lo requirieran serían objeto de liquidación.

Se reiteró también en esta disposición que en el acta de liquidación constarían los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaran las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo y la exigencia de otorgar las garantías que se contemplaban en la norma original.

En el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 se estableció, en cuanto a liquidación de los contratos, que ésta se haría de mutuo acuerdo dentro del término fijado los pliegos de condiciones, o sus equivalentes, o dentro del que acordaran las partes para el efecto; que, no existir dicho acuerdo, la liquidación se realizaría dentro los cuatro meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordenara la terminación, o a la fecha del acuerdo que la dispusiera.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Según el primero de los citados artículos, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha que lo disponga.

En el acta de liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuesto y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

-De las estipulaciones contractuales.

En la cláusula 3 del contrato 449 de 12 de diciembre de 2003 se consensuó que dicho contrato instrumentaba la relación de carácter contractual que vincularía a TRANSMILENIO., S. A., y al CONCESIONARIO a partir de la fecha de su entrada en vigencia, y que dicha relación contractual estaría sometida a las disposiciones, reglas y principios que regían a los contratos celebrados por las entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encontraban expresamente regulados por la ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyeran, desarrollarían o reglamentaran; en los demás aspectos se regirían por las normas del derecho privado.

En el capítulo 14 -Liquidación del contrato- y cláusula 124 las partes convinieron que éste sería liquidado en un plazo máximo de cuatro meses contados a partir del vencimiento del plazo del contrato de acuerdo con lo establecido en la cláusula 113, de la expedición del acto administrativo que ordenara la terminación del contrato, de la fecha del acuerdo de terminación celebrado entre las partes, en los términos establecidos por los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, o de la fecha en que se declarara la terminación unilateral del contrato.

La jurisprudencia

En repetidas oportunidades la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza del Consejo de Estado, por conducto de su Sección Tercera, ha expresado su criterio sobre la naturaleza, elementos, requisitos y alcances de la liquidación bilateral de algunos contratos estatales, según lo dispuesto legalmente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Requisitos del acta de contenido del acta de liquidación

Se ha sostenido por la jurisdicción especial que "La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quien y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.

"Pero si el acta se suscribe con salvedades o la elabora unilateralmente la administración ante la negativa del contratista a suscribirla, le queda abierta a éste su posibilidad de impugnarla jurisdiccionalmente ante el juez del contrato." (Sentencia de febrero 20 de 1987, exp. 4838. Actor: Ingeniería Civil Ltda.)

Sobre el mismo tema, también ha sostenido la Corporación que "atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha ido criterio reiterado de esta Sala que, cuando se realiza la liquidación bilateral esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía privada que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato; (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608; M.P.. Daniel Suárez Hernández; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencias de 25 de noviembre de 1999, expediente 10893.)

Acerca de la naturaleza del acto de liquidación bilateral del contrato estatal, ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado, que ella supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. (Sentencia 21483, del 18 de junio de 2002 de la Sala Contenciosa, Sección Tercera, del Consejo de Estado.)

En esa óptica, resulta elemental considerar que los requisitos exigidos en la legislación civil y comercial para la existencia, eficacia y validez de los acuerdos contractuales, deben exigirse respecto del contenido y elementos de las actas de liquidación bilateral de los contratos, en donde se plasma el negocio jurídico que pone término al contrato.

Es una constante línea de decisiones en el Consejo de Estado la que indica que en la liquidación bilateral del contrato estatal deben hacerse los corte de cuentas con relación a lo contratado y lo ejecutado, establecer quién, al final de la ejecución

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

contractual, debe a quién y cuánto; en caso de discrepancias sobre aspectos que no fueron objeto de acuerdo entre las partes, es obligatorio consignar en el Acta de Liquidación del contrato, de forma expresa y concreta tales diferencias mediante el ejercicio del derecho a consignar en ese documento las salvedades, reservas o reclamaciones que no fueron satisfechas por la administración en la etapa de arreglo directo, o con ocasión de su planteamiento por el interesado, con el fin de que, cumplido ese requisito, se puedan formular las pretensiones que el contratista, o la administración consideren del caso; de no expresar tales manifestaciones en forma precisa, clara y concreta, se cierra la posibilidad de elevar las pretensiones por la vía judicial, para quien omitió llenar dichas condiciones.

Sobre su alcance, el Consejo de Estado en sentencia de 15 de mayo de 2003, radicación 22051, C. P. Allier Hernández señaló que cuando la liquidación de contratos se celebraba de mutuo acuerdo entre las partes y el contratista no dejara salvedades en el Acta correspondiente, en relación con reclamaciones que debiera formular, no le era dable demandar luego judicialmente el reconocimiento de indemnizaciones y el pago de prestaciones originadas en la ejecución del contrato, o surgidas con ocasión del mismo, pues según el Consejo de Estado tal manifestación constituye un requisito de procedibilidad de la acción contractual.

Sobre el tema que ocupa la atención de este Tribunal, ha sostenido insistentemente la Corporación, entre otras muchas, en providencia del Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso, por conducto de la Sección Tercera, en sentencia 1998 - 0853, del 19 de agosto de 2011, M.P. Enrique Gil Botero, :

“ en ese orden de ideas, una salvedad contenida en el acta de liquidación debe cumplir un con los siguientes requisitos formales y sustanciales: i) es una exigencia que se predica de cualquiera de los extremos de la relación contractual y, por tanto, no solo frente al contratista, ii) debe constar en el cuerpo de la respectiva acta y puede estar vía mecanográfica o a mano, ii) debe ser clara, concreta y específica, es decir, que no valen la salvedades genéricas o abstractas y iii) es preciso que se identifique o identifiquen con precisión los problemas o conflictos respecto de los cuales se reserva la parte el derecho a reclamar.”

En la sentencia 1998-00740, de 24 de junio de 2013, M. P. Hernán Andrade rincón se expresó:

“

“la liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y cogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional.

En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido.

En consecuencia, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prospere las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad con el respectivo texto; en el evento de que sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, si bien será posible formularlas en la demanda, bien sea contencioso administrativa o arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones."

Al ocuparse de la modalidad de liquidación bilateral de los contratos estatales, sostuvo el Consejo de Estado:

" la jurisprudencia... ha destacado la naturaleza negocial de la liquidación bilateral al precisar que una vez convenida o acogida de manera conjunta y sin salvedades por las partes del respectivo contrato, dicha liquidación genera efectos vinculantes y no puede ser desconocida con el fin de alcanzar reconocimiento superiores o adicionales a los acordados en ella, ni siquiera acudiendo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a menos que se pretenda la nulidad de la liquidación por la ocurrencia de algún vicio que hubiere afectado su validez..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, sentencia 2003 - 01227, de 9 de octubre de 2003, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.)

En otra oportunidad expresó la Corporación de Control en lo Contencioso Administrativo:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

(...) "Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato..."

"La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento". (Sentencia del 10 de abril de 1997, exp. 10.608. ...)

El consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección, C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, en sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777), expuso:

".....

3.1. Concepto técnico y naturaleza jurídica del acto de liquidación

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

.....

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Tras acudir a la definición gramatical de la palabra liquidar, expuso que:

"En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

De este recorrido normativo se deducen las siguientes conclusiones: de un lado, que todos los estatutos contractuales han mantenido la idea de que determinados contratos requieren liquidarse; que esto se puede hacer de manera bilateral o unilateral; que la primera alternativa cuenta con un plazo de cuatro meses para ejercerla y la segunda dos meses, aunque en unos estatutos la última posibilidad subsiste como potestad incluso pasado ese término, pero en otros estatutos no.

No obstante, de las semejanzas descritas conviene destacar que la liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. Ahora bien, la liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista –jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato.

Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Además, tanto un acto como el otro

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

tienen naturaleza contractual, de allí que la distinción sólo reside en que el uno es bilateral y el otro es un acto administrativo, es decir, es unilateral.

Incluso, en todos los estatutos contractuales se ha permitido que el acto bilateral o unilateral de liquidación establezca el monto de la indemnización que una parte pagará a la otra, como consecuencia de lo sucedido durante la ejecución del contrato. El Decreto 222 lo permitió de la siguiente manera: "... se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del Contratista..."; y las leyes 80, 1150 y el Decreto-ley 019 lo admitieron uniformemente cuando dispusieron en forma idéntica que: "También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar".

.....

3.2. Las discrepancias que surgen durante el contrato y la necesidad de hacerlas constar en el "Acta de liquidación bilateral", si se aspira a ejercer la acción contractual.

En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo desearse cuando se celebró el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera -no obstante- resolver mancomunadamente en la liquidación, y por eso intentan establecer cómo quedan los derechos y las obligaciones al terminar el contrato, usualmente por su ejecución total.

.....

Pero cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez.

.....

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En este sentido, constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por eso ha considerado esta Sala –sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113- que: "... la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad..."

.....:

"Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de las prestaciones surgidas del contrato..." (...)

"El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él...." Sentencia de mayo 17 de 1984 -exp. 2796. MP. José Alejandro Bonivento-, reiterada en la sentencia de 9 de marzo de 2000 –exp. 10778-

"Dicho de otra manera, de las salvedades o constancias efectuadas por el contratista en el acta de liquidación del contrato depende que pueda acudir ante el juez para que resuelva los reclamos que no atendió la administración durante su ejecución o para que los valores que reclamó en la diligencia de la liquidación y que no fueron atendidos, o no fueron allí incluidos, o expresamente le fueron negados, sean reconocidos." (Sentencia de noviembre 20 de 2003, exp. 15.308.)

La doctrina

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Los especialistas colombianos en Derecho administrativo, por regla general, han considerado válida la exigencia de incluir salvedades, reservas, o reclamos claros, expresos y concretos en el cuerpo del Acta de Liquidación Bilateral cuando esta tiene lugar, con fundamento en las disposiciones del artículo 60 de la ley 80 de 1993, como condición para que proceda la acción contractual, respecto de tales reservas.

El profesor JUAN CARLOS EXPOSITO VELEZ, en su Ensayo "La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos," en relación con el aspecto particular de que se trata en este laudo, sostiene: (in <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5137165.pdf>, dirección de enlace: Dialnet-LaLiquidacionBilateralDeLosContratosEstatales-5137165.)

"V. Efectos de la liquidación de los contratos estatales

En relación con la liquidación bilateral de los contratos estatales y, específicamente de las constancias dejadas por las partes en ella, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en el sentido de que, cuando se ha suscrito una liquidación bilateral que en principio soluciona todas las controversias entre las partes en cuanto a la ejecución del contrato, la posibilidad de ejercer la acción contractual nace a partir de que alguna de las partes haya dejado expresamente salvedades o inconformidades con alguno de los aspectos de la liquidación bilateral. Sin embargo, tales salvedades no pueden ser generales o remitir a documentos discutidos y decididos en sede administrativa con anterioridad, es necesario que las constancias de inconformidad sean muy específicas en la identificación clara y concreta de los hechos y motivos concretos de la salvedad. (Subrayado del Tribunal.)

Lo anterior no es un mero capricho de la jurisprudencia administrativa, sino que se fundamenta en el hecho de que la liquidación bilateral es un verdadero negocio jurídico que envuelve una transacción, es decir, con su suscripción, cada una de las partes puede tener certeza de la finalización de la relación negocial. Además, los principios de la buena fe y del respeto del acto propio guían la ejecución de los contratos, por lo cual si una parte no manifestó explícitamente los motivos de su inconformidad no le es dable volver judicialmente sobre un acto en el que pareció expresar su conformidad con la forma en que quedó finiquitada la relación negocial. Finalmente, resulta contrario a los deberes de buena fe y de lealtad pre procesal que una parte en una relación contractual suscriba lo que parece un documento que la finalice y, posteriormente, inicie una acción judicial desconociendo el contenido del documento suscrito, tomando por sorpresa a su contraparte, quien jamás supuso, o pudo válidamente suponer,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

que la relación no se finalizaría y que se vería compelida a atender un proceso judicial

Sobre el particular, no debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el cocontratante particular siempre tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. En efecto, según el inciso final de la norma citada, "Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo".

Lo anterior, según lo expresó recientemente la jurisprudencia arbitral, obedece a la necesidad de protección del principio constitucional de la confianza legítima, en la medida en que el ciudadano contratista puede confiar en que la administración le permitirá dejar constancias en la liquidación, ya sea en su propio texto o en un documento separado:

Ahora, la oportunidad para expresar o consignar los motivos puntuales de inconformidad, es en el Acta de liquidación o en documento anexo presentado en la misma ocasión. Esto último, en cumplimiento del principio de confianza legítima que en este evento se evidencia en la creencia por parte del contratista de que la administración le respetará su legítimo derecho de dejar observaciones, constancias o salvedades referidas a la liquidación hecha por la administración en el mismo cuerpo del acta de liquidación bilateral que suscriba [...] En conclusión, en desarrollo del principio de confianza legítima, para el Tribunal es claro que en ninguna circunstancia y bajo ningún argumento, las entidades contratantes pueden limitar o impedir que el contratista exprese inconformidades o desacuerdos con el contenido de la liquidación de un contrato, porque bien puede suceder que el colaborador de la administración considere que el corte de cuentas no corresponde a lo que efectivamente sucedió en el curso de la ejecución del contrato o bien porque se reserva el derecho a reclamar por aspectos frente a los cuales no hubo acuerdo con la entidad pública.

Respecto del deber de dejar constancias expresas en la liquidación bilateral, recogiendo la jurisprudencia que ha proferido la corporación sobre la materia, el Consejo de Estado manifestó:

Es cierto —como se afirma en la sentencia recurrida, y lo sostiene la parte demandada— que, para efectos de poder acudir a la jurisdicción de lo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

contencioso administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones [...] Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad [...] Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial —bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas. (26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, Expediente 14.113 (R-1556), C. P.: Allier Eduardo Hernández Enríquez.)

Se trata de una posición antigua de la jurisprudencia, en prueba de lo cual podemos citar la siguiente providencia:

Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado [...] Como se ve, la administración liquida, luego de la presentación de ciertos documentos por el contratista y aún sin estos, de oficio; y a éste no le quedan sino estas salidas: a) firmar en señal de aceptación, sin reclamos u observaciones. Aquí el acta será definitiva y no podrá impugnarse jurisdiccionalmente; b) firmar con salvedades o reclamos que se pueden hacer en el mismo texto del acta de liquidación o en escrito separado; y c) negarse a firmar, precisamente por tener reparos. En las dos hipótesis precedentes el desacuerdo [...] podrá impugnarse judicialmente. (27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo.)

En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia arbitral en los siguientes términos:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

El carácter contractual o negocial de la liquidación bilateral ha sido puesto de presente reiteradamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, al sostener que una vez la liquidación es convenida o acogida de manera conjunta y sin salvedades por las partes del respectivo contrato, dicha liquidación genera efectos vinculantes y no puede ser desconocida por alguna de ellas para efectos de obtener mayores reconocimientos de los consignados o acordados en ella, ni siquiera acudiendo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a no ser que se pretenda demandar la nulidad de dicha liquidación alegando la ocurrencia de algún vicio que hubiere afectado su validez. (28 Tribunal de Arbitramento de Caja de Compensación Familiar Camacol – Comfamiliar Camacol contra Caja Nacional de Previsión – Cajanal eps. Laudo del 29 de mayo de 2003.)

"

.....

LA SITUACION FÁCTICA EN EL CASO EXAMINADO

Aparece de autos que la sociedad Concesionaria SI 03., S.A., elevó a TRANSMILENIO S.A., en el mes de agosto y en el noviembre de 2014, reclamos por incumplimientos por no permitirle la utilización y empleo total de la flota de buses de que disponía para iniciar la operación del servicio de transporte que se le había otorgado en concesión, en el lapso comprendido entre el de 26 de marzo de 2005 y el 14 de abril de 2005.

Además, en igual oportunidad, le reclamó a la Convocada el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato derivado del no pago del reajuste de las tarifas reconocido a SI 03 S.A., en el Otrosí No. 6 de 2007, durante el lapso comprendido del 25 de marzo de 2005 y el 9 de octubre de 2007.

La ruptura del equilibrio financiero provino de los mayores costos que afectaron la ejecución del contrato, y tuvieron carácter de imprevisibles, al momento de la celebración del contrato, como había quedado demostrado en el ESTUDIO SI03., elaborado por TRANSMILENIO., S. A., según se ha dejado dicho.

La demandada dio curso a las solicitudes o reclamaciones de SI 03, S. A, y le solicitó un plazo para su estudio y análisis; de éstos concluyó que no eran procedentes los reconocimientos pretendidos por la concesionaria, como también ha quedado reseñado en el curso de este laudo.

Así se dio a conocer a la accionante en el proceso arbitral, según lo consignado en el Acta de 10 de diciembre de 2014, mencionada por la accionada.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Las referidas actuaciones tuvieron como epílogo la manifestación contenida en el Acta de Liquidación del contrato, suscrita el 22 de septiembre de 2015, en la cual se indicó que la etapa de arreglo directo ante había quedado fallida, (folio. 39 de dicho documento.)

En el escrito de demanda manifestó la accionante que sobre tales situaciones, tal y como constaba en el acta de liquidación y en el expediente administrativo del Contrato, se formularon por su parte las reclamaciones correspondientes, las cuales fueron tramitadas bajo el procedimiento administrativo previsto en el contrato como arreglo directo y, sobre la vigencia de esas inconformidades, dada las decisiones que al respecto se adoptaron, se dejó constancia que aparece consignada en el acta de liquidación a folio 39.

En el mismo escrito de demanda reformada, en relación con las pretensiones formuladas en el proceso 5407, dijo la Convocante, luego de haber insertado en el texto de la demanda reformada el cuadro en el que figuraba la manifestación hechas por las partes de estar fallida la etapa de arreglo directo, que estaba claro que, cuando las partes convinieron en liquidar bilateralmente el contrato plasmaron de manera expresa la vigencia las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del contrato y que en oportunidad anterior a la liquidación fueron objeto de reclamación por parte del concesionario ante y TRANSMILENIO, S. A.

- La realidad procesal frente a al marco jurídico aplicable

Las partes no disputan sobre la validez del requisito de incluir en el Acta de Liquidación Bilateral de los contratos estatales, respecto de los cuales la ley exija esa actuación; discrepan si, según se desprende del contenido de las excepciones propuestas y de sus réplicas, en cuanto a si la formulación o no de las salvedades quedó o no consignada en el texto del Acta de Liquidación del contrato 449 de concesión, del 12 de diciembre de 2003, acta fechada el 25 de septiembre de 2015.

1.- Ley aplicable al caso sub examine en materia de liquidación del contrato 449 de 12 de diciembre de 2003.

A efecto de decidir el tema planteado, el Tribunal considera, que en la materia son aplicables las normas de la ley 80 de 1993, el artículo 217 del Decreto Ley 19 de 2012, en armonía con las disposiciones contenidas en el Código Civil, artículo 1602, 1603, y concordantes.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En efecto, contrariamente a las exigencias legales y jurisprudenciales que atrás se indicaron, en cuanto a la de dejar en el Acta de Liquidación Bilateral de los contratos estatales -respecto de los cuales la ley exija su liquidación-, en forma expresa y concreta las salvedades y reservas que respecto de lo acordado en ese documento se tengan, la parte convocante, en el sub lite, no procedió así.

Considera el Tribunal que la mención contenida en el Acta de Liquidación del Contrato 449 de 2003, en lo que concierne al hecho de que había sido fallido el intento de solucionar directamente las reclamaciones formuladas por la contratista, tal como su nombre lo indica, es una constancia o una confirmación de que no había ocurrido acuerdo entre las contendientes respecto de los temas que se han mencionado.

Del texto de la constancia mencionada no se desprende que ella constituya, o exprese, salvedad, o reserva concreta, precisa y motivada, exceptuada del acuerdo bilateral, en cuanto a lo relacionado con los reclamos elevados por la concesionaria y cuyo intento de solución en sede administrativa activa, resultó fallido, según se afirma en dicha constancia.

Tampoco con tal constancia se establece los motivos que daban lugar a las discrepancias que no pudieran superarse entre las partes en la etapa de arreglo directo, para que la Contratante hubiera tenido elementos de juicio transmitidos con ocasión de la celebración de la liquidación bilateral del contrato, que le hubieran permitido variar su posición frente a los reclamos de que se trataba.

Como está señalado en las varias sentencias que respecto de esta materia ha proferido el Consejo de Estado, no son de recibo las salvedades formuladas de una manera vaga o indeterminada para entender satisfechas las exigencias que respecto de esas actuaciones y manifestaciones ha indicado reiteradamente la jurisprudencia.

No puede afirmarse, sin violentar la realidad documental y/o procesal, que la constancia dejada en el documento tantas veces mencionado, se contiene de manera clara, precisa y concreta, las salvedades que en su demanda la concesionaria sostiene haber formulado en la oportunidad de la liquidación bilateral del contrato citado (baste para ello contrastar el contenido preciso y concreto que respecto de las causas, objeto y monto de las reclamaciones contiene las pretensiones que contiene el escrito de convocatoria frente al que presenta a manera de mera referencia sobre discrepancias el acta de liquidación)

No basta con haberse formulado reclamaciones en la etapa de arreglo directo entre las partes; la jurisprudencia considera necesario precisar en el Acta de Liquidación Bilateral

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

del Contrato, se deben manifestar, con la claridad y precisión, las reservas o salvedades que tenga la parte interesada, así como las razones que las sustentan, y que, por ello los temas a que aquella se refieran, no hacen parte de los acuerdos consignados en el documento.

Los requisitos que, según la jurisprudencia deben llenar las salvedades al Acta de Liquidación Bilateral, tampoco significan que, en esa oportunidad de la liquidación del contrato, sea exigible formular una demanda en forma de acuerdo con las normas de orden procesal que la regulan.

La ameritada constancia en que funda la accionante la existencia de las salvedades consideradas por la ley (art. 60 del Estatuto Contractual) y exigidas por la jurisprudencia, no presenta en su texto, ni por asomo, los caracteres y precisiones que permitan considerarla como una salvedad que permitiera llevarlas al conocimiento del juez del contrato.

Ningún alcance demostrativo de que se la constancia dejada en el acta de liquidación del contrato 49 de 2003 equivale a una salvedad sobre los temas señalados, tiene la circunstancia de que, en ella, adicionalmente, se hubiera advertido la probabilidad de que surgieran otros asuntos pasibles de ser llevados a los estrados judiciales.

Además, la forma condicional en que tal afirmación se encuentra manifestada en el mencionado documento, hace aún más incierta la existencia o nó de las salvedades o reclamaciones hechas por la actora, que se quieren vincular al destino de otras acciones probables, pero inciertas que surgieran o surgirían de la ejecución del contrato.

En el texto de la demanda, afirmó SI 03, S. A, “que cuando se convino en liquidar bilateralmente el contrato, las partes plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados”; texto, que corresponde a la verdad procesal, pero con base en él no es posible sostener que con ocasión de la suscripción del Acta de Liquidación Bilateral del contrato en la constancia memorada se expresaron salvedades concernientes a los reclamos que habían sido rechazados por TRANSMILENIO, S. A., y estaban pendientes de resolver en vía judicial, de haber obrado SI 03, S. A., de conformidad con las previsiones de la Ley 80 de 1993, cuyo alcance ha precisado, como quedó demostrado atrás, la jurisprudencia del Consejo de Estado y explicado ampliamente la doctrina en este materia.

En conclusión, no es factible transmutar una constancia, cuya naturaleza no se ha discutido, en una salvedad que satisficiera los rasgos exigidos legal y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

jurisprudencialmente, de tal modo que pudiera dejar a salvo el derecho de acción contractual, y cumplido a cabalidad el requisito de procedibilidad de ésta.

Tampoco sería dable al Tribunal asumir el conocimiento de las pretensiones fundadas en hechos que no fueron precisamente excluidos del acuerdo bilateral consagrado en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de concesión 449 de 2003.

En la constancia de la página 39 del Acta mencionada no aparece, ni por asomo, mención de los incumplimientos atribuidos a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO, TRANSMILENIO, S. A., por el no restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y la falta de operación de la totalidad de la flota de buses de la accionante.

Es tanto más evidente la ausencia de las salvedades en el Acta de Liquidación del Contrato de concesión 449 de 2003 cuanto que, en el texto mismo de la mencionada Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 449 de 2003, cuanto que, en el texto mismo de la mencionada Acta se mencionaron y se pusieron de presente la necesidad y los requisitos para formular las salvedades a que hubiere habido lugar, sin que ello hubiera ocurrido en la forma y términos recordados en ese texto.

Por otra parte, en el texto mismo del Otrosí No. 6 de septiembre de 2007, la accionante en el proceso arbitral había manifestado su voluntad de renunciar a cualquiera reclamación posterior fundada en los incumplimientos de la accionada.

Motivo que también le vedaría su acceso al juez del contrato para tratar conocer de cualquiera contención sobre los temas respecto de los cuales manifestó su renuncia a ejercer posteriores acciones.

Como lo tiene admitido la jurisprudencia, la existencia de las mencionadas constancias, salvedades o reservas, debidamente propuestas o formuladas, con indicación concreta de los aspectos respecto de los cuales habría de procederse contra la convocada en sede judicial, es un supuesto cuya ausencia le impide a la interesada demandante acceder a la jurisdicción para debatir sus pretensiones.

A las anteriores consideraciones se añan para que el Tribunal no efectuó las declaraciones que solicita la CONVOCANTE en relación con las pretensiones sobre desequilibrio económico, así como respecto del incumplimiento del contrato por no operatividad de la totalidad de la flota básica de referencia por no estar habilitado en tiempo un portal, por compartirlas en un todo el Tribunal, las que en su momento al respecto formulo el Ministerio Publico a través del su representante en su concepto, así:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

"(...) • Sobre la oportunidad de las reclamaciones en materia contractual-salvedades.

Alega TRANSMILENIO en sus argumentos defensivos que la pretensión respecto al desequilibrio económico y la pretensión declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del concedente, elevadas por SI 03 SA resultan extemporáneas. Sostiene que estos aspectos quedaron superados con la suscripción del OTRO SI NRO. 6 del 27 de septiembre de 2007 y porque suscribe SI 03 SA posteriormente 2 OTROS SI más (el número 8 del 2 de 2009 y el número 9 del 12 de febrero de 2010) sin reclamo alguno.

Que además, sostiene TRANSMILENIO, es improcedente el cobro en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión 449 de 2015 (sic) (lo correcto es 2003)

Por su parte, afirma la CONVOCANTE que en relación con las pretensiones elevadas en su demanda respecto al desequilibrio económico del contrato, así como el incumplimiento del contrato por no operatividad de la totalidad de la flota básica de referencia por no estar habilitado un portal desde el inicio del contrato, marzo 26 de 2006, se generaron las respectivas reclamaciones ante TRANSMILENIO y se dejó constancia en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato.

Sostiene que las constancias respectivas se desprenden del contenido de los apartados: "verificaciones de las obligaciones contractuales" 2.1.4 Procesos de arreglo directo" y en "Constancia de Procesos Judiciales".

Afirma la Convocante que cuando las partes convinieron en liquidar bilateralmente el contrato plasmaron de manera expresa la vigencia de las discrepancias que existían en relación con los temas planteados durante la ejecución del contrato de concesión 449 de 2003 y en el acta de liquidación, por ser un tema que surgió al finalizar el contrato de concesión 449 de 2003, se consignó como objeto de discrepancia el tema relativo a la reversión de los vehículos automotores –buses alimentadores.

Esta Agencia del Ministerio Público, antes de presentar su concepto en este punto, considera necesario traer a colación lo que el Consejo de Estado ha indicado, respecto al factor oportunidad, para la prosperidad de una pretensión luego de liquidado el contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Precisa la jurisprudencia¹⁷ que tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..." Que es estando en ejecución el contrato el momento en que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

En el caso bajo análisis, se observa que SI 03 SA evidenció que los costos de operación que implicaban la prestación del servicio de transporte público de pasajeros resultaban superiores a los que pudo prever al momento de presentar su propuesta económica y de suscribir el contrato de Concesión (hecho A de la demanda). Como resultado del estudio contratado con la Firma PROYEN INGENIERIA LTDA, para sustentar este hecho, TRANSMILENIO reconoce que en efecto el mal estado de las vías representa mayores costos para la ejecución del contrato, lo reconoce como un imprevisto y de ahí surge el OTRO SI Nro 6 suscrito el 27 de septiembre de 2007, que modifica la cláusula sobre determinación de la tarifa, incrementado su valor en \$113, la que comenzó a regir desde octubre de ese mismo año.

Posterior a este OTRO SI, el 2 y 8 de febrero del año 2009 suscribe otros y SI 03 SA no dejó salvedades sobre lo que hoy presenta como desequilibrio económico del contrato, siendo que para esa fecha tal inconformidad existía pues la predica desde el inicio mismo de la operación marzo de 2005. Ha indicado el Consejo de Estado¹⁸ que:

"En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual."

¹⁷ (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2018, exp. 52.666)

¹⁸ *Ibidem*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

"Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas."

(...)

En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.*
 - 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.*
 - 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.*
 - 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las*
-

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.”

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta. – negrilla fuera del texto original.” (Las subrayas no pertenecen al texto original)

De manera pues que para este Tribunal el que la CONVOCANTE no dejara constancia en su momento de la existencia de inconformidades relativas a la ocurrencia del desequilibrio económico, como de la no operatividad de la totalidad de la flota básica de referencia, al momento de la suscripción de posteriores acuerdos suscritos entre las partes en ejecución del contrato, hace que su posterior presentación - ya señalada como no conforme con las exigencias indicadas por la jurisprudencia a propósito del Acta de Liquidación- con motivo de la terminación del contrato y liquidación se tenga, por no oportuna, contraria a las exigencias de la buena fe contractual y más concretamente, en desarrollo de este principio, a los actos propios que la CONVOCANTE efectuó a propósito de la suscripción de los otrosíes.

El Tribunal considera que la excepción de falta del requisito exigido, de que se he hecho mérito, para que, en sede judicial, puedan ser controvertidos aspectos sobre los cuales las partes tuvieron oportunidad de formular salvedades precisas y concretas en el Acta de Liquidación Bilateral del contrato 449 de 2013, celebrado entre SI 03, S. A., y la EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO, TRANSMILENIO, S. A., está llamada a prosperar.

La combinación que en la contestación a las excepciones propuestas bajo los numerales 2 y 4, se hizo de los argumentos planteados con relación a ellos, deben entenderse tratados y analizados en las consideraciones precedentes sobre esas materias al analizar, especialmente, la excepción indicada bajo el No. 4.

Como consecuencia de la insatisfacción del requisito de procedibilidad, consistente en no haberse formulado las salvedades en la forma y oportunidad indicadas, impide a la Convocante acceder a la jurisdicción para conocer de las pretensiones derivadas de los incumplimientos antes mencionados; el Tribunal lo declarará así en la parte resolutive del Laudo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 282, inciso 3o. del Código General del Proceso, por encontrarse probada la excepción comprendida bajo el No. 4 de las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

propuestas por la accionada, y no ser procedente el trámite de la acción contenciosa, no ha lugar al examen de las excepciones restantes.

Dadas las consideraciones que anteriormente se efectuaron en relación con el Otrosí No 6, a propósito de la reclamación de desequilibrio económico del Contrato en comento, el Tribunal habrá de declarar en su parte resolutive la existencia del mismo, adicionalmente, ello debe ser así, por cuanto, ninguna de las partes en desarrollo de la Litis puso en duda su existencia y por el contrario, en varios de sus escritos como los alegatos de conclusión, han apoyado su existencia.

EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Atendidas las pretensiones planteadas por SI 03 en su demanda, junto con las excepciones de mérito presentadas por TRANSMILENIO para enervar las pretensiones antes mencionadas, en menester del Tribunal pronunciarse sobre el juramento estimatorio presentado por la convocante y objetado por la convocada, para lo cual tiene en cuenta el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la ley 1743 de 2014, que señala:

"Artículo 206. Juramento estimatorio.

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Al pronunciarse sobre el artículo 206 antes transcrito, la Corte Constitucional, señaló:

"Al aplicar los parámetros dados en la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimar la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

(...)

Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado¹¹. (Subraya el Tribunal)

De esta manera, el Tribunal encuentra que únicamente podrá imponerse la citada sanción cuando la parte que sería acreedora de tales sanciones hubiere desplegado un comportamiento negligente en el transcurso del proceso, lo que no ha sucedido en este trámite.

Este Tribunal encuentra que SI 03 desarrolló sus actuaciones con apego a los mayores estándares de diligencia durante la actuación procesal, atendió con respeto y profesionalismo sus deberes procesales y prestó toda su colaboración para que el trámite arbitral se adelantara adecuadamente.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que, a pesar de no haber prosperado la totalidad de sus pretensiones, su conducta procesal fue respetable y diligente, con lo cual, resultaría desproporcionada la imposición de sanción alguna a su cargo.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal no impondrá la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En materia de costas y agencias en derecho, el Código General del Proceso, en su artículo 365, señala lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...) 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión (...)"

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En el presente caso, para el Tribunal, si bien es cierto que prosperaron parcialmente las pretensiones de una de las demandas principales, no es menos cierto que las partes han actuado dentro del presente proceso ceñidas al principio de transparencia y lealtad procesal, cada cual en la defensa de su posición jurídica, sin que se les pueda hacer reproche alguno, y por ende, al sufragar en forma igualitaria los gastos que implicó el proceso, se considera que no resulta jurídicamente atendible imponer condena en costas a ninguna de las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 365-5 del Código General del Proceso, norma que permite al juez abstenerse de condenar en costas en caso de que prospere parcialmente la demanda.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **LA SOCIEDAD SI 03 S.A. y LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y parcialmente de acuerdo con el concepto de la Señora Procuradora Sexta Judicial y Segunda Administrativa de Bogotá

RESUELVE:

Primero: Declarar que entre la SOCIEDAD SI 03 S.A y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.-, se celebró el 12 de diciembre de 2003, el Contrato de Concesión No. 449, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Declarar que el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, suscrito entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.- y la SOCIEDAD SI 03 S.A., es un Contrato de Concesión para la prestación de un servicio público, específicamente, un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Declarar que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por disposición legal, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

del Sistema TransMilenio S.A. para la prestación del servicio, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Declarar que por tratarse de un Contrato para la prestación de un servicio público, específicamente, de un Contrato de Concesión no exclusiva para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, no procede al finalizar la concesión, por ausencia de disposición contractual, la reversión de los vehículos automotores -buses alimentadores- que el Concesionario puso a disposición del Sistema TransMilenio S.A. para la prestación del servicio, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Declarar que no existió, ni existe, obligación a cargo de la SOCIEDAD SI 03 S.A. y a favor de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.-, de revertir la Flota compuesta por 119 vehículos automotores -buses alimentadores- de propiedad de SI03 S.A., Flota que se hallaba vinculada al Sistema TransMilenio al momento de la terminación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Declarar que no existe obligación de pago del valor del vehículo automotor -bus alimentador- no revertido (fl. 71 Acta de Liquidación "3.11.6 Reposición de autobús incinerado"), a cargo de LA SOCIEDAD SI 03 S.A. y a favor de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.-, por no existir obligación de reversión por parte de SI 03 S.A. a favor de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -TRANSMILENIO S.A.-, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo: Declarar que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.- incumplió el Contrato de Concesión No. 449 de 2003, al exigirle a la sociedad SI 03 S.A. la reversión de la flota de vehículos automotores -buses alimentadores- que se encontraba operando al vencimiento del plazo contractual pactado, exigencia que se hizo efectiva el 26 de marzo de 2015, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Octavo: Negar las demás pretensiones de la Demanda Reformada (5406) relativas al incumplimiento del Contrato, generado por la reversión de bienes no sujetos a ésta, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Noveno: Declarar no probadas las excepciones denominadas "en el contrato de concesión para la explotación económica de servicios públicos procede la reversión de los bienes utilizados en la prestación de los mismos"; "los bienes de la concesión fueron

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

amortizados contra la tarifa, y por tanto procede legalmente su reversión a TRANSMILENIO S.A., como quedo consignado en el Acta de Liquidación"; y "la caducidad de la acción respecto de las pretensiones principales 9., 10. y 11.; y primera y segunda subsidiarias de la pretensión principal 11. de la reforma de la demanda", propuestas por LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Décimo: Declarar probada la excepción denominada "en la celebración del Acta de Liquidación del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 TRANSMILENIO S.A. no incurrió en fuerza o dolo que pueda invalidarla", propuesta por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Primero: Declarar que entre la SOCIEDAD SI 03 S.A y LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.-, con fecha 27 de septiembre de 2007, se suscribió el Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión No. 449 del 12 de diciembre de 2003 EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Segundo: Declarar que prospera la excepción formulada por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.- denominada "improcedencia de reclamo en sede judicial de las pretensiones de incumplimiento y desequilibrio económico por ausencia de salvedad en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 449 de 2015", de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Tercero: Rechazar por improcedentes las demás pretensiones de la Demanda Reformada (5407) relativas al incumplimiento del Contrato de Concesión No. 449 de 2003 generado por el no restablecimiento del equilibrio económico - financiero del contrato y por concepto de falta de operación de la flota básica o referente, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Cuarto: No imponer condena en costas por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

Décimo Quinto: Abstenerse de decretar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente laudo arbitral.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD SI 03 S.A.
Vs**

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

Décimo Sexto: En firme el presente laudo arbitral se causa el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado. De conformidad con lo dispuesto en la ley 1743 de 2014, descontar del pago final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria el valor correspondiente a la contribución especial arbitral y consignarla a la orden del Consejo Superior de la Judicatura.

Décimo Séptimo: Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas que presten mérito ejecutivo de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

Décimo Octavo: Ordenar que, en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega por Secretaría del expediente completo del trámite arbitral, incluyendo el original del Laudo Arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Este laudo arbitral queda notificado en audiencia.


HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE
Árbitro Presidente


CAMILO CALDERÓN RIVERA
Árbitro


MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Árbitro


SANDRA RODRÍGUEZ MORA
Secretaria